Herbert Bichmann

Marburg 1965

Umdeutung und Umwandlung (Konversion) beim Testament

Umdeutung und Umwandlung (Konversion) beim Testament.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät
an der Universität Marburg

vorgelegt von

HERBERT BICHMANN
Referendar.

Referent: Professor Dr. Erich Jung.

MARBURG a. L.
1925.

Druck von F. Kahm, Frankenberg (Hessen).

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Im Andenken an meinen Vater

zugeeignet

meinem Onkel

Herrn August Bichmann.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0084

Einteilung.

Literatur 6

§ 1. Einleitung 9

I. Die Umwandlung.

§ 2. 1. Allgemeines 10

2. Die äußeren Erfordernisse der Umwandlung.

§ 3. a) Nichtigkeit des beabsichtigten Rechtsgeschäfts 12

§ 4. b) Das „andere Rechtsgeschäft“ 15

§ 5. 3. Die inneren Erfordernisse der Umwandlung 18

§ 6. 4. Umwandlung und Auslegung 25

§ 7. 5. Scheidung von ähnlichen Bildungen. Die gesetzlichen Umwandlungsfälle 28

§ 8. 6. Die Bezeichnung 30

II. Die Auslegung beim Testament.

§ 9. 1. Allgemeines 32

§ 10. 2. Die Grenzen der Auslegung 35

§ 11. 3. Der Wille bei der Testamentsauslegung . . 36

§ 12. 4. Die Auslegung bei besonderem Inhalt . . . 45

§ 13. 5. Das Gesetz 46

§ 14. III. Die Ergänzung 50

§ 15. IV. Fälle der Umwandlung 55

§ 16. V. Fälle der Umdeutung 71

§ 17. VI. Die Umdeutung des Nießbrauchsvermächtnisses 80

Literatur.

I. Kommentare.

Biermann, Sachenrecht 3. Aufl. 1914.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch.
Hölder, Kommentar zum BGB. 1900.
Kretzschmar, Sachenrecht 1906.
Leonhard, Franz, Erbrecht, 2. Aufl. 1912.
Neumann, Handausgabe des BGB. 3. Aufl. 1903.
Oertmann, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1908.
Oertmann, Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1910.
Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1908, 4. Aufl.
Planck-Ritgen, Kommentar zum Erbrecht, 1./2. Aufl. 1902.
Kommentar von Reichsgerichtsräten, 3. Auf
Rosenberg, Sachenrecht 1919.
Staudinger, Kommentar zum BGB. u. E. G. 7./8. Auflage 1914 (1922).

II. Materialien, Mugdan, 1899.
Motive, amtliche Ausgabe 1888.
Protokolle.

III. Lehrbücher.
Biermann, Allg. Teil 1908.
Cosack, Lehrb. I. Bd. 7. Aufl. 1922, 2. Bd. 6. Aufl. 1913.
Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, 1900.
Czyhlarz, Institutionen 11./12. Aufl. 1911.
Dernburg, Pandekten 5. Aufl. 1896, 6. Aufl. 1900.
Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts 3. Aufl. 1884, 4. Aufl. 1889.
Dernburg, Lehrb. des bürgerl. Rechts 4. Aufl. 1908.
Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts. 8./9. Aufl.
Enecccerus, Allg. Teil u. Schuldverhältnisse 12. bis 14. Aufl.
Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 1921.
Glück, Pandekten, fortgesezt von Mühlenbruch, 40. Bd. 1838.

Gruchot, Preuß. Erbrecht. 1866.
Heilfron, Lehrb. Allg. Teil, 1897.
Köppen, Lehrb. des heutigen röm. Erbrechts, 1895.
Kipp, Erbrecht, 11.—13. Aufl. 1921.
Kretzschmar, Das Erbrecht des BGB. 1910.
Leonhardt, Franz, Bürgerl. Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen.
Leonhard, Rudolph, Der Allg. Teil des BGB. 1900.
Meyer, Paul, Erbrecht 1901.
Regelsberger, Pandekten 1893.
Siméon, Recht und Rechtsgang, 6. Aufl. 1913.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl. 1903.
Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl. 1878.
Unger, System des österr. Privatrechts, 5. Augabe.
Windscheid, Pandekten. 5. Aufl. 1879.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl. 1906.
Wolff, Sachenrecht, 9.—11. Aufl. 1919.

IV. Einzelschriften.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben, 1901—1905.
Breit, Erbschafts- und Schenkungssteuer 1921.
Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. 1906.
Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im BGB. 1899.
Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte in Festschrift für Wach, 1913.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900.
Herzog, Zum Begriff der guten Sitten im BGB. Breslau 1910.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900.
Leonhard, Fr., Erfüllungsort und Schuldort, 1907
Leonhard, Fr., Auslegung und Auslegungsnormen, 1917. (Rektoratsrede).
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
Meischeider, Letztwillige Verfügungen. 1899.
Oertmann, Unentgeltliche Rechtsgeschäfte, 1912.

V. Dissertationen.

Kulp, Das sittenwidrige Testament, Marburg 1922.
Löwenstern, Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Erbschaft, Marburg 1913.

Pusch, Der rechtswirksame Inhalt des Testaments nach BGB. Marburg 1917.
Rutenbeck, Der Gegensatz der Konversion zur Bestätigung. Erlangen 1907.
Trautmann, Auslegung letztwilliger Verfügungen, Leipzig 1906.
Voß, Konversation der Rechtsgeschäfte, Rostock 1905.
Weisengrün, Konversion der Rechtsgeschäfte, Berlin 1886.

VI. Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für zivilistische Praxis.
Bolze = Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
K. G. J. = Johows Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Kritische Vierteljahrsschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Neumanns Jahrbuch des deutschen Rechts.
O. L. G. E. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Das Recht.
R. G. E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. O. H. G. E. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seufferts Archiv für Entscheidungen.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Einleitung. § 1

Diese Arbeit hat ihren Ausgang genommen von der Beschäftigung mit dem Gedanken, in den sie in der endgültigen Form ausklingt: dem Nießbrauchsvermächtnis und seiner Deutung als Vorerbschaft. Eingehendere Betrachtung führte zu einer gewissen Ablenkung der Zielrichtung. Die Grundlage, der juristische Begriff, der die Entscheidung trägt, ist das, was besonders fesselt. Gehört der Weg, auf dem das Ziel erreicht wird, noch dem Gebiete der Auslegung an oder handelt es sich um Konversion? Nehmen wir eine Umdeutung oder eine Umwandlung vor?

Trotz einzelner eingehender und guter Bearbeitungen besteht über den Begriff der Konversion und über ihr Verhältnis zur Auslegung noch manche Unklarheit und gegensätzliche Auffassung. Diese unsichere Grundlage veranlaßte mich zu eingehender Betrachtung, sodaß schließlich die ursprüngliche Frage: Nießbrauchsvermächtnis oder Vorerbschaft? sozusagen im Anhang erscheint.

I. Wenn ich in der Ueberschrift Umdeutung und Umwandlung einander gegenübergestellt habe, so verstehe ich unter Umdeutung einen Unterbegriff der Auslegung (Deutung), nämlich die Auslegung gegen den Wortlaut. Den Ausdruck Umwandlung möchte ich als Fachausdruck an Stelle von Konversion vorschlagen. Seine Rechtfertigung kann ich erst nach Erforschung des Begriffs geben.

II. Gegenstand sowohl der Umdeutung wie der Umwandlung kann das Testament als Ganzes sein wie auch die einzelne Verfügung im Testament, die „letztwillige Verfügung" (im Folgenden „Einzelverfügung" genannt). Denn ein Testament ist als Ganzes ein Rechtsgeschäft, aber ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft, dessen Teile wieder für sich vollendete, ziemlich selbständige Rechtsgeschäfte sein können. Es wirkt also die Nichtigkeit oder die

Charakterveränderung des ganzen Testaments zwar auf die Einzelverfügungen zurück, aber umgekehrt berührt die Nichtigkeit oder Veränderung der Einzelverfügungen grundsätzlich nicht die Gesamtverfügung und ebensowenig die Nichtigkeit einer Einzelverfügung die der anderen, es sei denn, daß ein innerer Zusammenhang besteht, der die Verfügungen miteinander verkettet erscheinen läßt. (Vgl. § 2085, der in diesen Zusammenhang gehört und also nicht, wie oft angenommen wird, den § 139 für Testamente ausschließt. § 139 bleibt für die unselbständigen Teile der Einzelverfügung bestehen.[1])

I. Die Umwandlung.

1. Allgemeines.

§ 2

1. Die Umwandlung oder Konversion ist ein reiner Begriff des bürgerlichen Rechts. Man gebraucht zwar auch im öffentlichen Recht den Ausdruck Konversion (oder Konvertierung), z. B. einer Anleihe (Veränderung des Zinsfußes, der Tilgungsfristen, Tilgungsverpflichtungen usw., wobei die Schuld bestehen bleibt) oder einer Währung (Festsetzung eines anderen Maßstabes für das Münzsystem, sog. Münzkonvertierung). Doch hat dieser Begriff mit dem des bürgerlichen Rechts nichts zu tun. Man muß sich sogar hüten, eine Verwirrung der Begriffe dadurch herbeizuführen, daß man diesen öffentlich-rechtlichen Bildungen entnommene Teile heranzieht.

Auch mit dem in der Philosophie mit „Konversion" bezeichneten Begriff (Umkehrung eines Urteils, wobei dessen bisheriges Subjekt zum Prädikat, das Prädikat aber zum Subjekt wird), hat die Konversion des bürgerlichen Rechts nichts zu tun. Schon diese beiden Gründe sprechen für die Einführung einer anderen Bezeichnung für Konversion: Umwandlung.

2. Im Gegensatz zur Auslegung haben wir es bei der Umwandlung mit einer sehr jungen Rechtsbildung zu tun. Das liegt in ihrem Wesen: Sie ist ein Kind einer sehr ver-

1) So auch Fischer S. 5.

feinerten Rechtsordnung und stellt geradezu den Gegensatz zu einem ursprünglichen, strengen Recht dar. Solange man mit der Entwicklung viel einfacherer und viel notwendigerer Rechtsformen zu kämpfen hatte, war für sie kein Raum. Mit dem Fortschreiten von Kultur und Zivilisation lockern sich aber überall die strengen Rechtsformen. Die notwendige Folge ist, daß die Rechtsbildungen mannigfaltiger und verwickelter werden. Daraus ergibt sich wiederum als Entwicklungszug des Rechts, daß es vom wirtschaftlichen und sozialen Leben nicht mehr die Wahl bestimmter Rechtsbildungen verlangt, sondern nur den Willen rechtlicher Bindung für einen rechtlich möglichen Inhalt und Erfolg, dem Juristen aber die Einfügung in den Bau des Rechts überläßt. Die Rechtsform wird aus der ersten in die zweite Linie gedrängt. Das Ziel dieses Weges können wir wohl erkennen, werden es aber nie in Wirklichkeit erreichen: die unbedingt notwendige Rechtssicherheit setzt dem Streben nach möglichster Freiheit ihre Schranken entgegen. Aber dem allmählichen und doch stetigen Vorwärtsschreiten auf dem gezeichneten Wege haben wir die Ausbildung der Umwandlung zu verdanken, — eine Etappe nur, und doch, für sich betrachtet, ein schönes Ziel.

Wir kennen den Begriff der Umwandlung erst seit etwa 100 Jahren und das BGB. ist die erste gesetzliche Festlegung. Man hat in dem corpus juris zwar einzelne Entscheidungen gefunden, die wir heute unter den Begriff der Umwandlung fassen würden, doch sind sie allein einem „feinen juristischen Takt“ [1]) entsprungen; zu einem festen Begriff sind die Römer nicht gekommen. Auch in den partikulären Kodifikationen vor dem BGB. wird die Umwandlung nicht behandelt. Sie ist der Wissenschaft zu verdanken. Zuerst vereinzelt, (Harpprecht 1747) findet sie sich allgemeiner erst zur Zeit der großen Pandektisten.[2])

Im BGB. ist neben einer Reihe von Sonderbestimmungen besonders der § 140 die nötige Unterlage. Nach ihm

1) Römer, Arch. f. zivil. Praxis Bd. 36 S. 51 ff.

2) Auf die geschichtliche Entwicklung des Begriffs der Umwandlung ausführlich einzugehen, versage ich mir hier. Ich weise auf die Darstellungen von Römer (A. f. z. Pr. 36 S. 51), Fischer (§ 5, 6), Voß (S. 56 fi. § 21, 22), Rutenbeck (S. 51 ff.) hin. Streitfragen oder unerforschte Gebiete, die für das geltende Recht von Bedeutung wären, bestehen hier kaum mehr.

kann kraft der Umwandlung an Stelle eines nichtigen Rechtsgeschäfts ein anderes gelten, wenn das nichtige den Erfordernissen des anderen entspricht und anzunehmen ist, daß seine Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.[1]) Diese anscheinend klare Fassung gibt doch erheblichen Zweifeln Raum, die ich im folgenden zu klären mich bemühen werde.

2. Die äußeren Erfordernisse der Umwandlung.

§ 3

a) Nichtigkeit des beabsichtigten Rechtsgeschäfts.

Die Umwandlung stellt den letzten Rettungsanker für ein mißglücktes Rechtsgeschäft dar. Sie greift erst[2]) ein, wenn die allgemeine Behandlung eines jeden Rechtsgeschäfts, die Auslegung, zu keinem anderen Ergebnis kommt als dem gefürchteten: Nichtig!

A. Diese Nichtigkeit muß grundsätzlich eine dem Rechtsgeschäft innewohnende Eigenschaft sein. Sie darf also nicht durch spätere „Unfälle" des Rechtsgeschäfts hervorgerufen sein. Wird das Rechtsgeschäft später aufgehoben, so kann das keine Grundlage der Umwandlung bilden[3]), es sei denn, daß das Rechtsgeschäft auch vorher schon unerkannt umwandelbar gewesen ist, und der spätere Nichtigkeitsgrund dem umgewandelten Rechtsgeschäft nichts anhaben kann; z. B. ein eigener Wechsel, dessen Formnichtigkeit nicht erkannt war, wird präjudiziert. Kann er jetzt noch als Schuldversprechen aufrecht erhalten werden? Man muß m. E. hier trotz des späteren Aufhebungsgrundes noch die Umwandlung zulassen. Denn ist sie ausgesprochen, so wird das Geschäft so angesehen, als ob es von vornherein in der veränderten Form geschlossen sei. Man darf nicht etwa einwenden, daß das Geschäft doch nun garnicht mehr bestehe und infolgedessen auch nicht mehr umgewandelt werden könne. Dieselbe Einwendung kann nämlich bei jeder Umwandlung erhoben werden und ist auch erhoben worden. So steht Ende-

1) Für das gemeine Recht war die herrschende Definition die Römers (S. 79).
2) Darüber vergleiche eingehend unten § 6.
3) Vgl. Entscheidung d. ROHG. Bd. 9 S. 354, Bd. 18 S. 188.

mann[1]) noch heute auf dem im gemeinen Recht vielfach vertretenen Standpunkt, das nichtige Rechtsgeschäft sei ein wirkliches Nichts und aus einem Nichts kann natürlich nicht etwas anderes gemacht werden. In Wirklichkeit ist jedoch ein nichtiges Rechtsgeschäft nur ein solches, dem die Rechtsordnung ihre Zwangsmittel für die Durchführung versagt. Es besteht noch genau so gut wie eine Prüfungsarbeit, die der Urteiler als den Bedingungen nicht entsprechend ansieht. Das ist auch heute die herrschende Meinung. Besonders R. Leonhard[2]) drückt es scharf dahin aus, daß Nichtigkeit keineswegs ernstliche Nichtexistenz des Geschäfts darstelle. Daher kann man sehr wohl von einem „Umwandeln" sprechen.

Jedoch ist klar, daß ein Rechtsgeschäft vorliegen muß, bei dem nicht alle Einzelteile fehlerhaft sind, sondern nur ein (am Wesen des Rechtsgeschäfts gemessen) unwichtiger Teil.

B. Daß die Nichtigkeit „heilbar" ist (§ 313, 518, 766), steht der Umwandlung ebenfalls nicht entgegen,[3]) denn bis zur Heilung bleibt das Geschäft völlig nichtig. Das ist auch praktisch wichtig, da die Heilung vom Belieben einer Partei abhängt, also vorher ein unsicherer Rechtszustand besteht, die Umwandlung aber klares Recht schafft.

C. Genügt auch Anfechtbarkeit des Geschäfts?

Darüber schweigt § 140.

a) Nach erfolgter Anfechtung ist das Geschäft nichtig, die Nichtigkeit wirkt rückwirkend. Damit liegt die äußere Voraussetzung vor. Es werden denn auch von den meisten Schriftstellern diese Fälle denen der ursprünglichen Nichtigkeit gleichgeachtet[4]).

b) Vor der Anfechtung befindet sich das Geschäft in einem Schwebezustand. Es ist ein ähnlicher Zustand wie bei der heilbaren Nichtigkeit, nur mit umgekehrten Teilen. Gleich ist aber auch hier, daß die endgültige Wirksamkeit oder Nichtigkeit der vorliegenden Form vom Willen einer Partei abhängt, daß ein Zustand erhöhter

1) Endemann, Lehrb. I. S. 367 f.
2) R. Leonhard, Allg. Teil S. 438.
3) Eingehend Fischer S. 7.
4) Zit. bei Fischer S. 66.

Ungewißheit besteht, der für die Rechtssicherheit schwer erträglich ist. Im Sinne dieses obersten Leitsatzes handeln wir also, wenn wir beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen im Falle der Anfechtbarkeit die Umwandlung entsprechend zulassen. [1]) Von großer Wichtigkeit ist jedoch bei der Anfechtbarkeit die innere Voraussetzung, der „Wille". Darüber § 5.

D. Sehr bestritten ist die Frage, ob auch unwirksame Rechtsgeschäfte umwandelbar sind.

Das BGB. gebraucht die beiden Ausdrücke nichtig und unwirksam anscheinend nicht mit der nötigen Folgerichtigkeit. Daher haben sie zu lebhaftem Streit über das gegenseitige Verhältnis Anlaß gegeben. [2]) Dieser kann hier ziemlich übergangen werden, denn selbst diejenigen, die die Scheidung scharf vollziehen, kommen bei der Umwandlung meist zum selben Ergebnis: § 140 ist mindestens analog anzuwenden, soweit die Unwirkamkeit oder der Schwebezustand oder die relative Unwirksamkeit in ihren Wirkungen der Nichtigkeit gleichkommen, sei es allgemein oder in der für die Umwandlung wichtigen Richtung oder hinsichtlich der Person, der gegenüber umgewandelt werden soll. Entscheidend ist also, ob die Unwirksamkeit im Wesen des Rechtsgeschäftes selbst begründet liegt oder nur etwa darin, daß für die Wirksamkeit des völlig gültigen Rechtsgeschäftes die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen. Nur im ersten Falle liegt eine der Nichtigkeit gleichkommende Unwirksamkeit vor. Wenn die Unwirksamkeit zu vollendeter Nichtigkeit geworden ist, ist die Anwendbarkeit des § 140 klar, ebenso wie bei der Anfechtung. Denn diese Nichtigkeit wohnt, auch wenn sie erst später zum Ausdruck kommt, regelmäßig von vornherein dem Geschäft inne und ist nicht erst durch äußere oder spätere Einwirkungen hervorgebracht. [3])

Nach R. Leonhard [4]) ist Umwandlung für das unwirksame Geschäft, wenn es nicht ausgesprochen nichtig ist, ungeeignet. Ganz abgelehnt wird die Umwandlung

1) Im Ergebnis übereinstimmend Biermann § 57 IIa, unklar Voß S. 43.
2) Vgl. eingehend Voß S. 31 ff. besonders S. 43 (oben).
3) Vgl. dazu noch Fischer S. 20 und S. 8 ff.
4) R. Leonhard, Allg. Teil S. 439, 453. Ihm schließt sich Rutenbeck S. 28 ff. an.

bei Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit in einer Entscheidung des R. G. 79 S. 306, der ich mich jedoch nicht anschließen kann.

b) Das „andere Rechtsgeschäft." § 4

Die zweite äußere Voraussetzung ist, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen entsprechen muß.

1. Entsprechen heißt nicht gleich sein. Das Gesetz hat (erst in der endgültigen Fassung) mit Absicht diesen unbestimmten Ausdruck gewählt. Eine Reihe von Schriftstellern verlangen trotzdem, dass alle äußeren Erfordernisse des gültigen Geschäfts in dem nichtigen enthalten seien. [1]) Römer [2]) forderte alle objektiven Erfordernisse, und ihm folgt Weisengrün. [3]) Ebenso eng legt Fr. Leonhard den § 140 aus, wenn er sagt[4]), Konversion sei nur zulässig, wenn sich das neue Geschäft lediglich als ein *minus* gegenüber dem erklärten darstelle. Doch zielt seine Beschränkung in andere Richtung als die der vorigen. Denn während es diesen auf das Vorliegen der sämtlichen einzelnen Tatbestandsmerkmale des neuen Geschäftes ankommt, ohne daß sie damit alle das rechtliche und tatsächliche Auseinanderfallen der beiden Geschäfte verdammen, ist es bei Leonhard gerade dieser Punkt, auf den er Wert legt: Der Inhalt des neuen Geschäftes darf nach ihm nicht anderer Art sein als der des alten. So führt er aus[5]), man könne einen Kauf nicht in einen Mietvertrag konvertieren, auch nicht, wenn sicher anzunehmen sei, daß dieser evtl. gewollt sei, denn beide hätten ganz verschiedenen Inhalt. Der Kauf enthalte nicht nur ein *plus*, sondern ein *aliud*. Mir scheinen diese beiden Ansichten zu eng. Verlangt doch schon das Gesetz ein „anderes" Rechtsgeschäft. Es muß sich also von dem ersten deutlich unterscheiden.

Andererseits geht es aber auch wieder zu weit, zu sagen: eine bloße *minus*-Wirkung bedürfe keiner Umwandlung, [6]) oder: es sei hierfür unnötig, die Umwandlung im Ge-

1) z. B. Endemann, Lehrb. S. 367; vgl. auch Fischer S. 64 ff.
2) Römer, A. f. z. Pr. Bd. 36. S. 72 ff.
3) Weisengrün S. 17 ff.
4) Fr. Leonhard, Erbrecht § 2084 I, ebenso Planck zu § 140, Cromc § 81, Endemann § 74, Neumann zu § 140, dagegen Fischer S. 63.
5) Erfüllungsort u. Schuldort S. 86 ff.
6) So Rutenbeck S. 27.

setz besonders zu erwähnen, denn ein bloßes *minus* lasse sich schon nach § 139 aufrecht erhalten. [1]) Wohl gibt es Fälle, wo sich eine als Ganzes nichtige Verfügung in mehrere zerlegen läßt, und nun die gültigen hiervon aufrecht erhalten werden. Aber sehr oft wird durch diese *minus*-Wirkung dem Geschäft ein anderer Charakter gegeben werden, und es geht zu weit, allgemein zu sagen, ein derartiges Geschäft sei stets dasselbe wie das ursprüngliche.

Das gültige Rechtsgeschäft braucht also zwar nicht notwendig ein Rechtsgeschäft anderer Art zu sein, es kann auch eines derselben Gattung sein mit verändertem Inhalt, [2]) doch kann es auch ein solches ganz anderer Art sein.

a) Notwendige Bestandteile. Mit dem Erfordernis aller Bestandteile oder des gleichen Inhalts macht man die Umwandlung zu einer praktisch fast wertlosen Einrichtung. Welche Bestandteile aber nun enthalten sein müssen, wird eigentlich nirgends genau angegeben. Und doch ist es für die sichere Handhabung durch den Richter gerade in den Grenzfällen wichtig, hier das unbedingt Erforderliche zu kennen.

Vollständig und in jedem Fall erforderlich sind m. A. nach nur diejenigen Tatbestandsmerkmale, die die rechtliche Geltung des zweiten Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung hat, also gültige Willenserklärung, die etwa notwendige Form, Handlungs- und Verfügungsfähigkeit und bei Verträgen Willensübereinstimmung.

b) Gattung. Hinsichtlich des Verhältnisses der Gattung des neuen Rechtsgeschäfts zu der des alten kann man dagegen nur den in seiner Unbestimmtheit selbstverständlichen Satz aufstellen, daß sie nicht auf einem völlig verschiedenen Lebensgebiet liegen dürfen. Juristische Verschiedenheit (Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft, dinglich oder obligatorisch, Schuldrecht- oder Familienrecht usw.) sind dagegen keineswegs Hinderungsgründe.

c) Inhalt. Gleichsam nur ein *„accidentale"* ist schließlich der Inhalt des gültigen Geschäfts. Verschiedener Inhalt schließt grundsätzlich die Umwandlung nicht aus. Daß

1) Voß S. 45, Fischer S. 16.
2) So auch Fischer S. 17.

hier gar keine Schranke bestünde, wird niemandem einfallen zu behaupten. Die Verschiedenheiten können jedoch hier im Einzelfall so groß sein, daß sich auch ein geringstes Erfordernis nicht aufstellen läßt.

Es ist stets zu berücksichtigen, daß diese hier auseinandergehaltenen Teile der Rechtsgeschäfte in Wechselbeziehung stehen, sodaß eine große Verschiedenheit in der einen Richtung durch enge Anlehnung, ja Gleichheit in der anderen sehr ausgeglichen werden kann und Uebereinstimmung in einer Richtung sogar eine sonst unglaubliche Verschiedenheit auf ein erträgliches Maß zurückzuführen imstande ist. Als Leitsatz ist also festzuhalten, daß es auf das wirtschaftliche, praktische Verhältnis ankommt, nicht auf das rechtliche. So sagt schon Regelsberger, [1]) der als Voraussetzung zwar alle Erfordernisse eines verwandten Rechtsgeschäfts verlangt, dies aber mit dem folgenden selbst wieder abbiegt: „Im Zweifel muß man sich für die Aufrechterhaltung entscheiden, wenn der von den Parteien angestrebte praktische Erfolg mit dem zweiten Rechtsgeschäft im wesentlichen erreicht wird. Es darf angenommen werden, daß den Parteien am Zweck und nicht an einem bestimmten Mittel zum Zweck gelegen ist, ja daß sie selbst eine Abschlagszahlung dem vollen Mißerfolg vorziehen." Auf das „praktische Resultat" stellt es auch das R. G. [2]) in einer Entscheidung ab, in der es eine Umwandlung der Uebertragung eines Nießbrauchs in Ueberlassung der Ausübung vornimmt und sagt: obwohl es sich um einen obligatorischen Vertrag handele anstelle eines dinglichen, sei das doch nicht zu beanstanden, da das praktische Resultat, der wirtschaftliche Erfolg fast gleich sei. Auch das Kammergericht hat einen Fall in ein Rechtsgeschäft mit anderem Inhalt und anderen Wirkungen umgewandelt. [3]) Lehrreich ist eine Entscheidung des R. G., bei der es eine Umwandlung aus dem Schuldrecht in das Erbrecht gutheißt. [4])

1) Regelsberger, Pandekten I S. 638.
2) R. G. in J. W. 1910 S. 801.
3) K. G. in OLGE. Bd. 10. S. 140.
4) R. G. in J. W. 1910 S. 467; näheres darüber § 15 unten.

§ 5 3. Die inneren Erfordernisse der Umwandlung.

„Wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde" sagt das Gesetz. Dieser „Wille der Beteiligten" stellt das meist umstrittene Gebiet dar und bedarf einer besonderen Berücksichtigung.

1. Fraglich ist zunächst, was hierunter zu verstehen ist. Man könnte ihn für einen rein subjektiven Punkt halten, es also auf das Innere der Parteien abstellen. Das ist m. E. nicht richtig. Vielmehr handelt es sich, genau entsprechend dem § 133, um den zu erforschenden Sinn der Erklärung oder des Rechtsgeschäfts, den „objektivierten Willen", den Willen, den die Parteien in das Geschäft hineingelegt haben, sozusagen die Tendenz des Geschäftes. Mit dieser Maßgabe rede ich im folgenden von „Willen".

2. Der Wille darf sich nicht — feststellbar — in erster oder zweiter Linie auf das neue gültige Geschäft gerichtet haben, sonst ist das Ergebnis eben durch Auslegung, nicht durch Umwandlung zu gewinnen. Auch da, wo die Parteien sich von vornherein nicht darüber klar waren, welche Art Rechtsgeschäft beabsichtigt sei, oder dies für den Richter bei der Auslegung zweifelhaft bleibt, wird der Rahmen der Auslegung nicht überschritten. Das ist heute herrschende Meinung. Dagegen verlangte die ältere Literatur[1]) öfter eventuelle Konversionsabsicht, die Thöl[2]) bis zum Gegenbeweis als vorhanden annahm. Als allgemeines Erfordernis hat man sie seit Römer mit Recht fallen lassen, aber noch Rutenbeck[3]) sieht es auch als Umwandlung an, wenn die Parteien hilfsweise das zweite Geschäft gewollt haben. Man könnte dies natürlich ebenfalls Umwandlung nennen, aber damit würde man die Grenze verwischen, und deshalb ist es gut, es streng als Auslegung zu bezeichnen. Von Bedeutung ist, daß in den verschiedenen Stufen der Entstehungsgeschichte des § 140 immer mehr von dem ursprünglichen Erfordernis, „daß die Absicht der Parteien vorsorglich hierauf gerichtet war"[4]) zu einer minderen Berücksichtigung des Willens geschritten wurde, so weit,

1) Zit. bei Fischer S. 41.
2) Thöl, Handelsrecht II § 26 S. 124, § 57 S. 622.
3) Rutenbeck S. 52.
4) Dresdener Entwurf Art. 162.

daß schließlich die heutige Fassung Raum genug bietet, unsern Konversionsbegriff in sie einzufügen.

3. Wenn das Gesetz heute verlangt, daß anzunehmen sei, daß das neue Rechtsgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit des alten gewollt sein würde, so fordert es eigentlich etwas Unmögliches vom Richter. Wie kann er seine Entscheidung auf eine Unterstellung gründen, die er für einen garnicht, auch im Bewußtsein der Parteien nicht vorhandenen Fall, machen soll? Zu einem brauchbaren Ergebnis kommen wir nur, wenn wir aus der unbestimmt bedingten positiven Voraussetzung eine bestimmte negative machen: Das zweite, gültige Geschäft darf nicht aus der Richtung des Erfolgswillens der Parteien herausfallen. Damit haben wir die nötigen Abgrenzungen gefunden.

a) Da nur die Richtung verlangt wird, so wird damit zunächst auch hiermit eine geringere Wirkung derselben Art nicht ausgeschlossen; das neue Geschäft kann dem nichtigen gegenüber ein minus darstellen. Dem wird aber der Willen der Parteien regelmäßig dann entgegenstehen, wenn durch dies minus insbesondere die Gegenseitigkeit nicht gewahrt wird.

Ohne Rücksicht auf den hier fast nie vorhandenen Willen der Parteien wurde in der Zwangswirtschaft nach Gewohnheitsrecht das Geschäft in ein *minus*-Geschäft umgewandelt bei der Höchstpreisüberschreitung: Es galt als zum Höchstpreis abgeschlossen. Von einer Aufrechterhaltung des Geschäftes nach § 139 kann man hier deshalb nicht reden, weil der Kaufpreis eine Einheit darstellt, die nicht in einen gültigen und einen nichtigen Teil zerrissen werden kann. Es ist ein Fall zwangsmäßiger Umwandlung. Diese grundsätzlich zu mißbilligende Uebung erklärt sich aus der Rechtsnot und Volksnot der vergangenen Jahre und wird hoffentlich mit dem Verschwinden der staatlichen Bevormundung des Wirtschaftslebens auch wieder verblassen.

b) Bei jeder Rechtshandlung ist der Erfolgswillen vom Rechtsformwillen zu scheiden. In einem unentwickelten, strengen Recht werden beide zusammenfallen oder es wird der Erfolgswillen unbeachtlich sein gegenüber der

Sicherheit verbürgenden Form. Anders heute. Es ist in unserem fein entwickelten Recht dem Erfolgswillen ein weiterer Spielraum zu geben als dem Formwillen. Das Beispiel der äußersten Trennung ist gerade die Umwandlung. Der Erfolgswillen muß bei dem nichtigen und bei dem gültigen Geschäft derselbe sein, der Rechtsformwille ist bei der Umwandlung unbeachtlich, d. h. Umwandlung ist möglich, auch wenn bei Vornahme des Geschäftes an nichts anderes als die gewählte Form gedacht, nur sie gewollt ist. Das ist aber keine ausnahmslose Regel. Der Rechtsformwille kann so stark werden, daß er geradezu zum Erfolgswillen wird. Dann ist Umwandlung unmöglich. Doch müssen für diese Annahme besondere Voraussetzungen vorliegen (Beispiel siehe § 15, II 5).

Sehr bestritten ist nun, ob sich der Erfolgswillen auf den rechtlichen oder den tatsächlichen Erfolg beziehen muß. Die Motive verlangen den „Rechtsfolgewillen" und ihnen folgt eine ganze Reihe von Schriftstellern [1]). Ich möchte mich dagegen der besonders von Lenel und Danz aufgestellten Theorie anschließen, nach der der wirtschaftliche oder gesellschaftliche, der praktische Erfolg maßgebend ist. Lehrt doch schon die Erfahrung des täglichen Lebens, daß die Parteien von dem rechtlichen Erfolg oft gar keine, oft unbestimmte oder falsche Ansichten haben.

In der Literatur vertreten fand ich diesen Gedanken des Erfolgswillens bei Biermann, [2]) der der Willenstheorie folgend zwar zunächst sagt: „Der Richter hat zu fragen, ob die Beteiligten, falls sie darüber aufgeklärt worden wären, daß das von ihnen vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig sei, damit einverstanden gewesen wären, daß stattdessen ein anderes Rechtsgeschäft gelte, dessen Voraussetzungen tatsächlich gegeben waren," dann aber fortfährt: „Diese Frage wird regelmäßig dann zu bejahen sein, wenn durch das zweite Rechtsgeschäft im wesentlichen derselbe praktische Erfolg erreicht wird wie durch das erste; denn dieser praktische Erfolg, nicht der juristische ist es, der von den Parteien in erster Linie erstrebt

1) Zit. bei Voß S. 24.
2) Bürgerl. Recht S. 198.

wird." Auch bei Dernburg kann man diesen Gedanken ausgedrückt finden, wenn er erklärt,[1]) es werde nichts anderes erfordert, als daß die Behandlung dem Zwecke des Geschäfts und den Umständen, unter denen es vorgenommen werde, entspreche. Enneccerus[2]) stellt es darauf ab, daß „das andere Geschäft den wirtschaftlichen Zweck des zunächst beabsichtigten ebenfalls, wenn auch vielleicht in nicht so vollkommener Weise erreicht".[3]) Schließlich wurde auch in der zweiten Kommission ausdrücklich betont, daß über die Aufrechterhaltung des statthaften Rechtsgeschäfts der auf den ökonomischen Erfolg gerichtete Wille der Parteien entscheide.[4]) Dieser Standpunkt kommt auch in einer Entscheidung des R. G. zum Ausdruck[5]), wo gesagt wird, bei einem als solchen ungültigen eigenen Wechsel sei kein Anhalt dafür gegeben, daß der Wille der Parteien derart ausschließlich auf den Wechsel gerichtet sei, daß mit dessen Nichtigkeit jede Verpflichtung wegfallen solle. Vielmehr sei bezweckt, den Berechtigten in den Stand zu setzen, die bei dem Aussteller von ihm eingezahlte Summe wieder zu erhalten.

Dem Gedanken des Erfolgswillens im Gegensatz zum Rechtsformwillen entspricht es auch, anzunehmen, daß die Geschäfte sehr wohl einem anderen Rechtsgebiet angehören können, ohne daß man einen entgegenstehenden Willen der Parteien anzunehmen hätte. Wenn Römer in seiner Definition verlangt, daß „im wesentlichen dieselbe Rechtsänderung, dieselbe juristische Wirkung" durch das zweite Rechtsgeschäft hervorgebracht werde, so stimme ich ihm mit der Abänderung bei, daß ich an Stelle der juristischen es vielmehr auf die tatsächliche, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Wirkung abstelle. Es liegt demnach keine Umwandlung vor, wenn der Erfolg genau derselbe bleibt. Dann handelt es sich um ein reines Erzeugnis der rechtlichen Einordnung (Subsumtion).[6])

4. Der Vorzug des hier dargelegten Vorgehens wird klar, wenn man die Folgen der Gegenansichten betrachtet.

1) Dernburg, Bürgerl. Recht § 119.
2) Enneccerus, § 189 V. S. 518.
3) ebenso Planck Anm. 1 zu § 140, Endemann § 74.
4) Vergl. Fischer S. 53 ff.
5) R. G. E. Bd. 48 S. 223.
6) Auf entgegengesetztem Standpunkt steht R. Leonhard, Allg. Teil S. 363.

a) Bei ihnen sind zunächst Zweifel zu beseitigen. Verlangt man für die Umwandlung den inneren Willen der Parteien, gerichtet auf die Geltung des neuen Geschäftes, so muß man ihn auf den bei der Entstehung des Rechtsgeschäftes vorhandenen beschränken. Daß eine Partei später entgegengesetzten Willen hat und äußert, ist einflußlos. In diesem Sinn ist auch die Bemerkung des Kommentars von RGR. [1]) zu verstehen, daß die Anwendung der Regel auch gegen den Willen einer Partei erfolgen müsse. Hier ist unter „Wille" eben der spätere Wille zur Zeit der Aussprache der Umwandlung zu verstehen.

b) Versteht man unter Willen das innere Wollen, so kommt man logischer Weise zu Mutmaßungen oder Fiktionen, die man zu einer sicheren Entscheidung soweit als irgend möglich vermeiden soll.[2]) Man arbeitet mit philosophischen Begriffen und Unterscheidungen anstatt mit rechtlichen. Dem Juristen soll es aber oberstes Gebot sein, sich an „des Lebens grünen Baum" zu halten, oder in seiner Sprache gesagt: an die nackten Tatsachen. Gerade bei der Umwandlung aber wird der entgegengesetzte Standpunkt mehrfach vertreten.[3]) Nach Crome [4]) „befiehlt die Rechtsordnung zu einem vorhandenen Tatbestand gewisse Momente hinzuzudenken und den so veränderten Tatbestand der Beurteilung zugrunde zu legen"!

c) Ferner wäre bei mehrseitigen Rechtsgeschäften der Wille aller am Abschluß maßgebend Beteiligten zu fordern. Behauptete eine Partei einen abweichenden Willen, und bewiese ihn etwa durch Eid, so könnte der Richter nicht umwandeln, nach strenger Willenstheorie auch dann nicht, wenn sich aus dem Sinn des Geschäftes klar ergäbe, daß ein entgegenstehender Wille nicht vorlag. Diese Auffassung würde der Unlauterkeit Tor und Tür öffnen und die Rechtssicherheit untergraben helfen. Halten wir aber fest, daß Rechtssicherheit der höchste Grundsatz ist, daß unser Recht seinen Grundgedanken nach bestrebt ist, den Gegner in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit der

1) Komm. RGR. § 141, 1.
2) Ueber die allgemeine Verwerflichkeit der Fiktion vgl. Danz J. W. 1912 S. 2 ff. bei der Erörterung des verwandten Begriffs der Auslegung.
3) So Fischer S. 18 ff., Voß S. 53.
4) Crome, System I. S. 108

Willenserklärung zu schützen, — das ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, wohl aber negativ durch die Aufzählung ganz weniger ausschließlicher Fälle, in denen ein Teil wegen schwerer Unstimmigkeiten sich von seiner Gebundenheit befreien kann, — so kommen wir dazu, hier wie bei der Auslegung nur den ausgedrückten Willen für maßgeblich zu erachten, und zwar nicht getrennt den jeder Partei, sondern den im Rechtsgeschäft vereinten: den Sinn des Rechtsgeschäfts. Dann arbeiten wir nicht mit Konstruktionen und Fiktionen, sondern auf festem Boden mit einer tatsächlichen Größe. Im übrigen wird der Unterschied in der praktischen Anwendung bekanntlich garnicht so groß, wie es in der Theorie scheint.

d) Schließlich führt die andere Ansicht noch zu der Streitfrage, ob bei § 140 ein der Umwandlung günstiger Wille der Parteien zu vermuten sei. Ueberwiegend wird die Frage verneint. Dagegen erklären sich auch die Motive.[1]) Und doch möchte ich anstelle der hier mit Recht abgelehnten Vermutung den Satz aufstellen: Da, wo der innere Sinn des Rechtsgeschäfts zweifelhaft bleibt, finden wir eine Bestärkung für die Annahme der Umwandlung in den Gedanken: Der Richter als Diener, nicht Herr des Rechtslebens soll danach trachten, die innerlich gesunden Rechtsgeschäfte tunlichst aufrecht zu erhalten. Daraus leite ich die Berechtigung für die negative Fassung her, die die Annahme eines gefügigen Willens sehr erleichtert.

5. Einer besonderen Betrachtung bedürfen die inneren Erfordernisse schließlich noch beim anfechtbaren Geschäft. Hier sagt Rutenbeck,[2]) man könne aus der Tatsache der Anfechtung entnehmen, daß der Anfechtende mit den Wirkungen des angefochtenen Geschäftes nicht einverstanden sei und es also mit dem im wesentlichen doch gleichlaufenden zweiten Geschäft ebenfalls nicht sein werde. Doch ist dabei dreierlei zu berücksichtigen.

a) Es kann des Anfechtenden Absicht sein, gerade durch die Anfechtung und dadurch erfolgte Herbeiführung der Nichtigkeit den Umwandlungsfall zu schaffen und dadurch an die Stelle des zweifelhaften ein vollgültiges

1) Motive I S. 218.
2) Rutenbeck S. 62.

Geschäft zu setzen. Das wird besonders dann möglich sein, wenn das Anfechtungsrecht einer ganzen Reihe von Personen zusteht und das Rechtsgeschäft infolgedessen besonders gefährdet ist.

b) Der Anfechtende kann in dem stets späteren Zeitpunkte der Anfechtung seinen Willen geändert haben. Nun ist aber nicht dieser Zeitpunkt maßgebend, sondern der der Vornahme des Rechtsgeschäfts. (Dies gilt nur für die Willenstheorie.)

c) Der Hauptpunkt: Der Wille des Anfechtenden ist für das Rechtsgeschäft ganz belanglos. Einmal sind oft — beim Testament nur — Außenstehende anfechtungsberechtigt, Leute, die an der Entstehung des Rechtsgeschäfts ganz unbeteiligt sind. Und dann ändert auch der Wille eines Beteiligten nichts an dem von mir für maßgebend erklärten „objektivierten Willen", dem Sinn des Rechtsgeschäfts. Als Kennzeichen eines der Umwandlung entgegenstehenden Sinnes kann die Anfechtung nur dann in Frage kommen, wenn das Rechtsgeschäft ein einseitiges ist und der Erklärende auch selbst der Anfechtungsberechtigte, was wohl nur bei einem kleinen Teil der Rechtsgeschäfte zutrifft. Somit bildet die Nichtigkeit infolge Anfechtung grundsätzlich keine geringere Grundlage der Umwandlung als die ursprüngliche Nichtigkeit.[1]) Zu beachten ist praktisch nur, daß die Anfechtungsgründe des BGB. meist nicht, wie die Nichtigkeitsgründe, die Vornahme dieses Rechtsgeschäfts in dieser Form oder zu dieser Zeit oder von diesem Menschen verurteilen, sondern die Vornahme überhaupt eines Rechtsgeschäfts unter diesen Umständen. Damit ist die Grundlage der Umwandlung von vornherein doch etwas enger.

Ein Beispiel mag nochmals meine Auffassung über die inneren Erfordernisse beleuchten.

Ein Schuldner hat seinem Gläubiger ein Grundstück überlassen mit der Abrede, jener solle es als Pfand behalten und sich aus dem Ertrag, der jedes Jahr festzustellen sei, befriedigen. Das solle solange dauern, bis die Schuld abgetragen sei. Die Parteien wollen damit nicht „eine

1) Dieselbe Frage erhebt sich auch bei § 139. Hier kommt Fischer S. 6 und das R. G. Bd 62 S. 186 zum selben Ergebnis

Antichrese" vereinbaren, sondern mit rechtlich bindender Wirkung die Ueberlassung eines Grundstücks zu Pfand mit Gebrauch, Verwaltung und Nutzung des Gläubigers, damit dieser sich aus dem Grundstück befriedige. Das dem BGB. unbekannte Nutzungsfaustpfand an Grundstücken kann demnach unter Umständen in einen Pachtvertrag mit sofortiger Aufrechnung des Entgelts umgewandelt werden. Juristisch-systematisch sind das zwei vollkommen verschiedene Geschäfte, nach der Theorie des Erfolgswillens stellt sich das zweite nur als minus dar. Das Pfandrecht muß fallen, da es ein Faustpfand an Grundstücken nicht gibt. Wäre dies doch möglich, so brauchte gar keine Umwandlung einzutreten. Die rechtliche Einordnung (Subsumtion) ergäbe dann: die Parteien hätten nicht ein einheitliches Geschäft, sondern zwei, ein dingliches und ein obligatorisches, abgeschlossen. Dies direkt, ohne Umwandlung, schließen zu können, ist der Vorzug der Erfolgswillenstheorie. Sie führt so in vielen Fällen zu einfacheren, leichter zu erreichenden Ergebnissen.

Wollte man jedoch nach dem BGB. auch das Pfandrecht aufrecht erhalten und das Geschäft in eine Verpflichtung zur Hypothekenbestellung und einen Pachtvertrag umwandeln, so würde man den Parteien damit neue Lasten aufbürden (die beträchtlichen Grundbuchkosten, Rangverschlechterung usw.) und damit über die Grenzen des ursprünglichen Vertrags hinausgehen. Diese sind aber auch die Grenzen der Umwandlung.

4. Umwandlung und Auslegung. § 6

Das Verhältnis der Umwandlung zur Auslegung ist sehr bestritten.

1. Die Umwandlung ist darin der Auslegung gleich, daß beide Einrichtungen eine nachträgliche Behandlung durch den Richter darstellen, wenn man es so ausdrücken will: eine Prüfung, ein Tauglichmachen für den Rechtsverkehr.

2. Das B. G. B. redet nur von einer Umwandlung der Rechtsgeschäfte (§ 140), dagegen von der Auslegung der Willenserklärung (§ 133). Aber da sich ein jedes Rechts-

geschäft auf Willenserklärungen aufbaut, oft auch nur aus einer Willenserklärung besteht (Kündigung), Nichtigkeit einer Willenserklärung aber regelmäßig die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes nach sich zieht (§ 139), so ist also im Gegenstand ebenfalls kein Unterschied zwischen Umwandlung und Auslegung vorhanden. Man kann auch ebensogut von Auslegung der Rechtsgeschäfte und von Umwandlung der Willenserklärungen reden.

3. Keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen beiden Einrichtungen stellt die Beweispflicht dar. Man könnte eine solche für die Parteien bei der Umwandlung geforderte Beweispflicht etwa aus dem Satz des R. G.[1]) schließen: „Das Ersatzgeschäft bedarf im gegebenen Fall besonderer Feststellung, für die der die Umwandlung Begehrende dem Richter die nötigen Unterlagen zu schaffen hat". Doch will das R. G. wohl nicht eine wirkliche Beweislastregel aufstellen und damit die Umwandlung in das Belieben einer Partei legen, sondern nur den allgemeinen Satz aussprechen, daß jeder, der vom Gericht verlangt, daß es eine (dem Gericht völlig überlassene) Entscheidung in diesem oder jenem Sinne fälle, schon im eigenen Interesse alles anzuführen hat, was geeignet ist, dem Richter gerade seine Ueberzeugung beizubringen. Es soll damit also keineswegs gesagt sein, daß der Richter nur auf das ihm von seiner Partei Vorgebrachte angewiesen ist und eine Sache nicht bei Vorliegen der Voraussetzungen von Amtswegen wie auszulegen so umzuwandeln hat. Es ist also hier wie dort Aufgabe, nicht Last der Parteien, die Unterlagen beizubringen.

4. Darüber hinaus aber sind Auslegung und Umwandlung keineswegs gleichzusetzen, d. h. die Umwandlung ist kein Unterbegriff der Auslegung. Die Auslegung geht nicht aus dem Rahmen des in der Erklärung objektivierten Willens hinaus. Die Umwandlung aber fragt nicht danach, ob das Ergebnis noch innerhalb des vorliegenden Sinnes der Erklärung liegt, wenn nur nicht gerade ein entgegengesetzter Wille zu erkennen ist.

Die Umwandlung kommt, wie ich es dargelegt habe, stets zu einem von der vorliegenden Erklärungsform ab-

1) Komm. v. RGR. § 140 Anmerkung 1.

weichenden Ergebnis. Dasselbe kann aber nun auch innerhalb des Rahmens der Auslegung vorkommen. Gegenüber dem falschen Wortlaut der Erklärung wird dann aber gerade der wahre Sinn der Erklärung festgestellt. Die Erklärung ist dabei keineswegs nichtig, sie bleibt bestehen; umgewandelt wird also das Rechtsgeschäft nicht, es wird nur umgedeutet. Es scheidet sich also selbst die Umdeutung, der Grenzfall der Auslegung noch scharf von der Umwandlung.[1])

5. Sind also die Begriffe getrennt, wie verhalten sie sich zueinander?

Wenn die Umwandlung nur ein nichtiges Rechtsgeschäft ergreifen kann, so muß doch diese Nichtigkeit erst festgestellt werden. Das Mittel dazu ist aber die Auslegung. Kann sie, wie es auch ihr Ziel sein soll, ein zweifelhaftes Rechtsgeschäft auch durch Umdeutung nicht retten, so ist damit ihre Aufgabe beendet. Die Auslegung muß also stets der Umwandlung vorausgehen. Ohne Auslegung keine Umwandlung.

6. Besonders klar wird die Scheidung dadurch, daß stets zwischen der Auslegung und der Umwandlung die Feststellung der Nichtigkeit liegen muß, eine Tatsache, die wenigstens nach Leonhard[2]) nicht mehr zur Aufgabe der Auslegung gehört, sondern ebenfalls ein Sondergebiet darstellt (die sog. Subsumtion unter den Rechtssatz).

Zwischen der Auslegung und Umwandlung liegt noch möglicherweise die Untersuchung, ob das Rechtsgeschäft nicht nach § 139 aufrecht zu erhalten ist. Auch § 139 ist kein Fall der Auslegung. Denn auch bei ihm handelt es sich um einen Fall, der von dem in dem Rechtsgeschäft niedergelegten Willen der Parteien nicht unmittelbar betroffen wird, wo nur erfordert wird, daß kein entgegenstehender Wille ersichtlich ist, ebenso wie im § 140. Fischer[3]) nimmt mit der h. M. wie bei § 140, so auch bei § 139 eine Mutmaßung, eine Fiktion eines in Wirklichkeit nicht erklärten und nicht gefaßten, auch nicht eventuell gefaßten Willens an.

1) Für Scheidung der Begriffe: Fischer S. 19 ff., Voß S. 19 mit eigenartiger Beschränkung auf die Willenstheorie. Crome § 81 Anm. 16, A. A. Hölder zu § 140. Weitere Zitate Voß S. 53 Anm. 2.
2) Leonhard, A. f. z. Pr. Bd. 120 S. 14 ff. vgl. S. 35 d. Arb.
3) Fischer, S. 4 u. 5.

Nach allem ist also die Auslegung scharf von der Umwandlung geschieden. Dennoch wird die Ansicht, daß beide Begriffe ineinander greifen, vertreten. So schreibt Biermann,[1]) die Konversion könne nicht bloß dann stattfinden, wenn sie sich als Resultat der bloßen Auslegung ergebe; er sagt also damit, daß sie über die Auslegung hinausgehe, zieht aber zwischen beiden keine scharfe Grenze.

Wenn Fischer[2]) bemerkt, daß diejenigen, die die Umwandlung unter die Auslegung rechneten, damit nicht den Begriff der Umwandlung einengten, sondern den der Auslegung weiter faßten, indem sie die Ergänzung hinzunähmen und unter Auslegung die gesamte Zurechtlegung für den praktischen Gebrauch rechneten, so ist das zweite richtig, nicht aber das erste; es wird nämlich auch der Kreis der Umwandlung unzulässig erweitert, indem der Fall der eventuellen Willensausdehnung auf das gültige Geschäft hinzugerechnet wird.

Daß die mangelhafte Trennung der Begriffe für das System des BGB. nicht passend ist, zeigt die Tatsache, daß ihre Verfechter folgerichtig den § 140 für überflüssig erklären. Auch ich könnte zur selben Ansicht gelangen, wenn der Grundsatz, den ich für richtig und wichtig halte, im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hätte oder sonst allgemein anerkannt wäre: Rechtsgeschäfte sind, soweit irgend möglich, aufrecht zu erhalten.[3]) Da das jedoch ausdrücklich nur von der Auslegung des Testamentes im § 2084 bestimmt ist und überhaupt aus Gründen der Rechtssicherheit, ist die ausdrückliche Bestimmung im § 140 zu begrüßen.

§ 7 5. Scheidung von anderen Begriffen. Die gesetzlichen Umwandlungsfälle.

I. Die Umwandlung ist zu scheiden:

1. von der Umdeutung. Diese greift ebenfalls ein, wenn ein Geschäft in der vorliegenden Form über-

1) Biermann I S. 198.
2) Fischer S. 64.
3) Vgl. Danz, Auslegung S. 202, 151.

haupt nicht oder falsch wirken würde, aber sie ist Auslegung, die das ursprüngliche — nicht nichtige - Geschäft aufrechterhält, wenn sie es dabei auch gegen den Wortlaut auslegt. (vgl. § 6 d. A.)

2. von der Bestätigung. (§ 141 BGB.)[1]) Sie ist erneute Vornahme desselben Geschäftes durch den, der es zuerst vorgenommen hat. Das ursprüngliche Geschäft bleibt nichtig, das zweite hängt mit ihm garnicht zusammen.

3. von der Heilung: Ein obligatorisches Geschäft, wegen Formmangels nichtig und deshalb nicht verpflichtend, wird durch freiwillige Erfüllung zu einem von Anfang an gültigen — durch Rechtshandlung (§ 518, 766) oder Rechtsgeschäft (§ 313), jedenfalls also durch ein Handeln der Partei.

4. von der Anerkennung. Sie ist ein Vertrag, durch den auf Grund eines bestehenden oder nicht bestehenden Schuldverhältnisses die Verpflichtung zur Leistung unabhängig von dem Schuldverhältnis, abstrakt, begründet wird (vgl. BGB. §§ 208, 781).

5. von der teilweisen Aufrechterhaltung (§ 139, 2085), bei der ein zusammengesetztes, aber einheitliches Rechtsgeschäft einen seiner Teile infolge Nichtigkeit einbüßt. Der Charakter des Rechtsgeschäfts wird dadurch nicht berührt. Ein Beispiel dafür, daß § 139 und § 140 zusammenspielen können, gibt eine Kammergerichtsentscheidung.[2])

6. von dem Scheingeschäft (§ 117, 2); hier ist das verdeckte Geschäft von Anfang an das einzig gewollte und darum gültige.

II. Fischer beschränkt den Ausdruck Konversion auf den Tatbestand des § 140. Nach ihm[3]) ist es keine Konversion, wenn das Gesetz „für den einzelnen Fall anordnet, daß ein nichtiges Geschäft gleichwohl gewisse Wirkungen haben, insbesondere als Geschäft anderer Art oder auch derselben Art, aber mit anderen, regelmäßig abge-

1) Vgl. über den Unterschied eingehend Rutenbeck S. 41 ff.
2) OLGE. Bd. 10 S. 140, eingehend besprochen von Fischer S. 83.
2) Fischer S. 14.

schwächten Wirkungen gelten solle". Er führt als Beispiele an: § 2101 (Erbeinsetzung eines nicht Erzeugten = Nacherbeinsetzung), § 566 BGB., Art. 202 EG. BGB., § 6 und § 82 HGB. Diese Auffassung ist zu eng. Umwandlung ist eine allgemeine juristische Bildung, die nicht nur dem BGB. eigentümlich ist. Den Begriff der Umwandlung auf den doch stets willkürlichen Tatbestand eines Gesetzesparagraphen anstatt auf ein Prinzip zu bauen, dem auch dieser Paragraph unterliegt, halte ich nicht für richtig. Auch hier ist vielmehr Kant's Satz maßgebend: Während das positive Recht aus der Erfahrung abzuleiten sei, seien die Leitsätze aus der Vernunft zu entnehmen. [1]) Aus der Umwandlung als einem solchen Leitsatz, einem juristischen Begriff, hat das Gesetz dann neben dem allgemeinen Satz des § 140 die Sondersätze bei besonders wichtigen oder nicht von vornherein klar liegenden Tatbeständen geschaffen. Sie etwa deshalb, weil hier die Richtung der Umwandlung, das zweite Geschäft, von vornherein vorgeschrieben ist, nicht unter Umwandlung zu rechnen, ist ebensowenig angängig, wie wenn man die zahlreichen gesetzlichen Auslegungsregeln des BGB. nicht mehr unter den Begriff der Auslegung fallen lassen, diesen vielmehr auf § 133 beschränken wollte. Daß im Bereich dieser Sonderregel nicht mehr auf § 140 zurückgegangen zu werden braucht, ist Fischer allerdings zuzugeben, aber ebenso richtig ist, daß es dem Gesetz jederzeit freisteht, andere Tatbestände, die heute nach § 140 umgewandelt werden, einer Sonderbestimmung zu unterwerfen.

§ 8

6. Die Bezeichnung.

Der Ausdruck „Konversion" ist vielfach bekämpft worden. Nach der herrschenden Meinung in der gemeinrechtlichen Literatur ist er zu verwerfen: man könne nicht etwas, was nichtig sei, in etwas Gültiges umwandeln, es handle sich vielmehr um eine Aufrechterhaltung des gültigen Inhalts, „es wird nur eine nicht offenliegende Seite desselben herausgekehrt." [2]) Aber ein Rechtsgeschäft, das

1) Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte S. 309.
2) Windscheid, Bd. I § 82 Anm. 15 S. 228.
„ -Kipp I. § 82 Anm. 15 S. 431.

man, wie es das gemeine Recht tat, als reines Nichts ansieht, kann man auch nicht aufrechterhalten. An ihm kann man auch nicht eine besondere Seite hervorkehren. Windscheid leugnet damit also die vollkommene Nichtigkeit des von den Parteien beabsichtigten Geschäfts, er versteht unter Umwandlung nur die des Rechtssatzes, die Anwendung eines anderen anstelle des nächstliegenden, von den Parteien gewählten. In derselben Richtung liegt es, wenn Dernburg [1]) als Konversion nur die Umwandlung des Namens ansehen und gelten lassen will. Die Annahme dieser Lehren würde einen Rückschritt gegenüber unserer Auffassung bedeuten. Es ist wohl richtig, zu sagen, daß Dernburg und Windscheid mit ihren Ausführungen unsere Umwandlung überhaupt nicht behandeln — demnach sie ablehnen. Ihre Lehren haben also nach Einführung des BGB. nur geschichtlichen Wert.

Ich glaube in meiner Darlegung gezeigt zu haben, daß es sich wirklich um ein *„convertere“* handelt, um eine Wandlung, die das Rechtsgeschäft durchzumachen hat. Zum mindesten rechtfertigt die Umwandlung der äußeren Gestalt schon den Namen. Ich sehe also keinen Grund, anstelle von Konversion einen Ausdruck anderer Bedeutung zu setzen. Wohl aber erscheint mir eine andere Form geboten.

1. Das Wort Konversion wird mit ganz anderer Bedeutung im öffentlichen Recht und in der Philosophie gebraucht, wie vorhin gezeigt. (§ 2.)

2. Es ist ein Fremdwort. Als solches könnte man es allenfalls rechtfertigen, wenn es die angestammte Bezeichnung für ein in unseren Kulturkreis übernommenes fremdes Kulturgut wäre. Nun ist das Wort, wie der ganze feste Begriff, aber erst im 19. Jahrhundert in Deutschland gebildet worden, zwar in Anlehnung an römische Quellen [2]) und innerhalb des Systems römischen Rechtes, aber als deutsches Gut von Deutschen gebildet. Es bindet uns also nichts an das Wort.

1) Dernburg, Pandekten I § 124, 2. Für unrichtig hält die Bezeichnung auch, da man nicht Bestehendes nicht wandeln könne, Unger, System des österr. Privatrechts II S. 157.

2) Konversion stammt wahrscheinlich aus einer Quellenstelle des Ulpian.

3. Neumann [1]) schlägt vor, dafür „Umdeutung" zu sagen. Doch scheint mir dieser Ausdruck wegen seines Anklangs an Deutung = Auslegung viel eher geeignet für den Platz, den ich ihm gebe: Auslegung gegen den Wortlaut.

4. Der Ausdruck „Umwandlung" findet sich als Nebenbezeichnung schon bei Fischer [2]) und zwischendurch bei anderen. Aber selbst Fischer braucht daneben das Wort „Umdeutung" ohne fachgemäße Abgrenzung.

5. Nimmt man den Ausdruck Umwandlung als Fachausdruck an, so hat man sich nur davor zu hüten, diese Umwandlung mit der rechtsgeschäftlichen, willkürlichen Umwandlung eines Rechtsgeschäftes durch die Parteien zu verwechseln. Es ist das Schicksal eines jeden zum Fachausdruck geprägten Wortes, daß es sich Einbußen in seiner früheren allgemeinen Verwendungsfähigkeit gefallen lassen muß. Daß das bei deutschen Fachausdrücken besonders der Fall ist, darf uns nicht abhalten, sie einzuführen. Sind doch gerade wir Juristen es unserem Volke schuldig, ihm sein Recht wieder so nahe als möglich zu bringen. Und wenn dazu etwas Selbstzucht im Ausdruck auferlegt wird, so ist das kein Schaden.

II. Die Auslegung beim Testament.

§ 9

1. Allgemeines.

Im Gegensatz zu dem Gebiete der Umwandlung, das noch ziemlich viel Neuland enthält, ist das der Auslegung von manch berufener Hand so oft durchpflügt worden, daß ich mir hier eine Erörterung der allgemeinen Fragen versage und nur das herausgreife, was beim Testament von besonderer Bedeutung ist.

1. Der Unterschied in der Gestaltung des Testamentsrechts im älteren und heutigen Rechte erstreckt auch auf die Auslegung seinen Ausfluß. In Rom waren zahl-

1) Neumann, Handausgabe des BGB Bd. 1 § 140.
2) Fischer S. 1, 3 (§ 2 am Ende) und S. 19.
Der Kom. v. RGR. § 140, 1 gebraucht einmal den Ausdruck Umgestaltung.

reiche Wendungen und technische Ausdrücke gebräuchlich oder sogar vorgeschrieben, die ins gemeine Recht nicht mit übernommen wurden. [1]) Und weiter hat das BGB. Bräuche und Bindungen des gemeinen Rechts beseitigt. Daher gibt heute der Erblasser seinem letzten Willen einen persönlichen Ausdruck, weniger schablonenhaft, vielmehr nach deutscher Art in vielgestaltigen Bildungen. Wie überhaupt, so wird auch beim Testament die im allgemeinen erfreuliche größere Form- und Inhaltsfreiheit dem Geschäft oft zum Verhängnis. Da das in jedem Fall nach dem obersten Leitsatz der Rechtspflege, dem Leben zu dienen, nicht es einzuengen, vermieden werden muß, wo es zu vermeiden ist, verlangt die Tätigkeit des Richters stetig wachsend eine umfassende Kenntnis des Lebens seiner Zeit. Er muß die Anschauungen der verschiedensten Kreise, die Entwicklung, die Tendenzen der verschiedensten Lebensverhältnisse berücksichtigen, seien sie wirtschaftlicher oder kultureller Natur. Die ältere Rechtswissenschaft und die römischen Quellen sind nur noch mit Vorsicht heranzuziehen: Mit der freien Gestaltung der Formen werden auch die Grenzen der Auslegung freier.

2. Neben dem Prozeß, der immer ihr Hauptgebiet darstellt, spielt die Auslegung auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine große Rolle. [2]) Das Kammergericht hat es oft gerügt, [3]) daß der Nachlaßrichter bei der Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder der Erteilung eines Erbscheins sich damit begnügte, die formelle Gültigkeit des Testaments festzustellen, und daß er etwa den Antrag schon dann zurückwies, wenn das Testament die Möglichkeit der Auslegung dahin nicht ausschloß, daß der, der den Erbschein beantragte, garnicht Erbe wäre. Das sei aber nicht der Sinn des § 2359, der für die Erteilung voraussetze, daß die Grundlagen des Erbscheins als festgestellt erachtet würden. Vielmehr zwinge gerade diese Bestimmung den Nachlaßrichter zu besonderer Auslegung, zu genauer Entscheidung. Dieser beherzigenswerte Standpunkt trägt sehr dazu bei, unnötige Prozesse zu ersparen.

1) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. III § 78 Nr. 2.
2) Vgl. Prot. V S. 671; Peiser, Recht 1902 S. 609.
3) Z. B. Recht 1902 S. 530.

3. Eine gerade auch für Testamente wichtige Streitfrage ist es, ob die Auslegung „revisibel" sei. Der Revision im Prozeß steht innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit die weitere Beschwerde gleich (§ 27 FGG.). Die Behauptung, daß die Auslegung grundsätzlich nicht der Revision unterliege, entspringt m. E. der irrigen Auffassung, die auch die Erforschung des Tatbestandes zum Gebiete der Auslegung rechnet. [1]) Diese berührt allerdings nur reine Tatfragen und kann also der Revision nicht unterliegen. Aber die Auslegung ist Rechtsanwendung (§ 133 und zahlreiche Sonderbestimmungen), und auch die richterliche Würdigung von Tatsachen, die Heranziehung oder Versagung der Heranziehung von bestimmten Tatsachen, die Annahme von Lebenserfahrungssätzen usw. sind nicht dem freien Ermessen des Richters unterstellt, sondern an sein pflichtgemäßes Ermessen gebunden, d. h. sie dürfen nicht dem Rahmen, dem Sinn und Zweck unserer Rechtsnormen entgegengehen. Wenn ich auch Danz [2]) nicht zustimme, der behauptet, der Richter müsse stets alle Entscheidungen auf Rechtssätze stützen, womit Danz also die gekennzeichneten Richtlinien, das Ermessen im Einzelfall, die Beurteilung von Treu und Glauben zur Rechtsnorm erhebt, so kann man doch die Revisionsfähigkeit der Auslegung schon damit rechtfertigen, daß sie richterliche Beurteilung, also subjektive, verschiedener Würdigung zugängliche Geistestätigkeit ist, nicht einfacher Gebrauch von objektiven, stets und für alle feststehenden Tatsachen, und der Revision unterliegt eben dies subjektive Gebiet.

So sagt auch das R. G.: [3]) die Frage, welcher Sinn einer Willenserklärung vom Vertragsgegner des Erklärenden nach Treu und Glauben beigelegt werden darf, ist eine Rechtsfrage und infolgedessen der Nachprüfung in der Revisionsinstanz fähig. Denselben Gedanken führt Danz in seiner „Auslegung der Rechtsgeschäfte" aus. [4])

1) Vertreten von Heilfron § 43, A. 2. Peiser, Recht 1902 S 609. Vgl. dagegen § 10 dieser Arbeit.
2) Danz in J. W. 1912 S. 2 ff.
3) R. G. in J. W. 1913 S. 593.
4) Danz Auslegung Vorwort S. IV; Text S. 100 ff.

2. Die Grenzen der Auslegung. § 10

Ueber die Ausdehnung des Begriffs der Auslegung gehen die Ansichten weit auseinander. Leonhard [1]) begrenzt ihn scharf:

a) Nach der einen Richtung gehört nicht zur Auslegung die Erforschung des Tatbestandes. Es ist stets festzuhalten, daß die Auslegung eine wertende, keine aufspürende Tätigkeit ist. Diese muß ihr vorausgehen. [2])

b) Die zweite Begrenzung, die Leonhard der Auslegung gibt: scharf von ihr zu scheiden sei die rechtliche Beurteilung des Geschäftes, ist m. A. nach nicht durchführbar. Leonhard [3]) sagt, die Auslegung sei ein allgemeiner Begriff, eine Tätigkeit, die sich nicht nur auf rechtliche, sondern auf alle geistigen Aeußerungen beziehe; das schließe vollständig aus, daß sie unmittelbar auf die Feststellung von Rechtsfolgen gerichtet sein könne. Von den beiden Faktoren, die zur Wirkung eines Rechtsgeschäfts zusammenkommen müssen: Gesetz und Parteiakt, beziehe sich die Auslegung allein auf den zweiten. Diese Begrenzung (Ausscheidung der „Subsumtion unter den Rechtssatz") läßt sich m. E. schon deshalb nicht scharf durchführen, weil das Gesetz selbst eine Fülle von Auslegungsregeln aufstellt, die bei der Auslegung doch unzweifelhaft herangezogen werden müssen. Aber auch die ergänzenden Rechtssätze müssen angewandt werden. Der Richter hat nicht das Verhalten der Parteien auszulegen, sondern das Rechtsgeschäft, wie es als Einheit vor ihm steht, in objektiver Weise. Zu diesem geschlossenen Bau werden die Parteihandlungen erst dann, wenn die ergänzenden Rechtssätze herangezogen sind (sofern sie überhaupt am Platze sind). Leonhard verwischt m. E. mit seinen Ausführungen wieder die Grenzen der juristischen Auslegung, die er sonst selbst gegenüber der philosophischen Auslegung scharf zieht.

c) Das Ziel einer jeden Auslegung ist der Sinn des Rechtsgeschäfts. „Ueber den Sinn der Abmachungen hinaus ist eine Verbesserung des Rechtsgeschäfts-Inhalts

1) Fr. Leonhard, A. f. z. Pr. 120 S. 14 ff.
2) so auch Danz, Auslegung S. 204; J. W. 1912 S. 2.
3) A. f. z. Pr. 120 S. 35.

nicht zulässig. Der Richter darf den Inhalt nicht verändern, weil er ihn für unzweckmäßig hält". [1]) Es ist also unter Umdeutung nicht etwa, wie Peiser [2]) annimmt, Umdeutung des erkannten Willens des Erblassers zu verstehen, sondern nur Umdeutung der Erklärung, die scheinbar zweifelsfrei ist.

d) Die Auslegung ist nicht an die formelle Erklärung gebunden. [3]) Danz [4]) bemerkt sehr richtig, daß eine Auslegung des Testaments ohne Eingehen auf die außerhalb des Rahmens des Schrifstücks liegenden Umstände keine wirkliche juristische Auslegung ist. Mag also zur Auslegung Veranlassung geben eine Einzelverfügung innerhalb des Testaments (die ja, wie schon erwähnt, durch § 2085 zu einer weitgehenden Selbständigkeit erhoben wird) oder das ganze Testament als solches, stets hat die Auslegung den gesamten letzten Willen zu umfassen. Zur näheren Begründung müssen wir auf die Bedeutung des Willens bei der Testamentsauslegung eingehen.

§ 11 3. Der Wille bei der Testamentsauslegung.

Ueber das Ziel der Auslegung beim Testament herrscht in der Literatur eine fast allgemeine merkwürdige Uebereinstimmung. Nicht nur die Willenstheoretiker, [5]) sondern auch solche, die bei Rechtsgeschäften unter Lebenden eine scharfe Erklärungstheorie verfechten, [6]) erklären hier den inneren Willen für maßgebend. Dem kann ich nicht folgen.

Auch beim Testament ist m. A. nach nicht der innere Wille maßgebend, sondern Gegenstand der Auslegung bleibt die Erklärung, das Rechtsgeschäft, Ziel der Auslegung bleibt auch hier der Sinn der Erklärung. [7])

Praktisch, im Endergebnis, ist, das möchte ich gleich vorausschicken, ein Unterschied nicht vorhanden, sondern nur in der Konstruktion. Da aber nach m. A. für die

1) Leonhard a. a. O.
2) Recht 1902 S. 609.
3) vgl. Motive V S. 44. Recht 1911 Nr. 1115; OLGE. 12 S. 371.
4) Danz, Auslegung S. 204; vergl. auch Fischer § 2 a. E. S. 3.
5) z. B. Dernburg, Bürg. R. Bd. I § 106 III.
6) So Fr. Leonhard, Danz.
7) Als einzigen Vertreter dieser Theorie fand ich Manigk S. 156.

gesamte Auslegung ein einheitlicher Maßstab anzulegen und das in der Wissenschaft stets zu begrüßen ist, möchte ich doch meine Auffassung kurz zu begründen suchen.

a) Die Auslegung (und demgemäß auch ihre Gehilfin, die Erforschung des Tatbestandes) haben es nur mit dem Rechtsgeschäft selbst zu tun. Es gibt keine „Auslegung aus den vorhergehenden Verhandlungen", aus den „Begleitumständen", aus „Umständen außerhalb des Rechtsgeschäfts". [1]) Der Sprachgebrauch des Reichsgerichts und der Wissenschaft weicht, wie Leonhard belegt, oft ab. Das liegt an einer Verkennung des Begriffs Rechtsgeschäft. Faßt man diesen eng, sieht man darin nur das Schriftstück, so kann man allerdings zu keinem andern Ergebnis kommen, als den inneren Willen für maßgebend zu erklären, denn nur auf diesem Wege kann man zu einer Berücksichtigung von Umständen außerhalb des eigentlichen Schriftstücks gelangen. Das übersieht Manigk, [2]) wenn er ohne diese Ausdehnung des Begriffs Rechtsgeschäft eine „Erweiterung der Auslegungsmaterialien" bei der Testamentsauslegung vornehmen will und diese Ansicht auch Danz unterschiebt. Durch welchen Mittler er zu außerhalb gelegenen Auslegungsmaterialien kommen will, sagt er aber nicht. Außerhalb des Rechtsgeschäfts liegende Umstände sind in Wirklichkeit gar nicht heranzuziehen. Die Begrenzung des Gegenstands der Auslegung ist streng innezuhalten.

b) Das ist auch sehr wohl möglich, denn der Begriff des Rechtsgeschäfts ist auf den allgemeinen Lebensvorgang auszudehnen. [3]) Kein Ehevertrag oder Testament, keine Bürgschaft oder Auflassung ist wie Pallas Athene fertig gerüstet aus dem Haupte des Urhebers entsprungen. Die Vorverhandlungen, Begleitumstände, nachherigen Aeußerungen, ebenso die scheinbar ganz zusammenhanglosen Umstände, die die Grundlage für die spätere Gestaltung im ganzen oder in kleinen Einzelheiten bieten, gehören mit dem Rechtsgeschäft zu einer Einheit des Lebens zusammen. Und will man für das formumschlossene Endergebnis den Ausdruck „Rechtsgeschäft" nicht missen, so

1) Vgl. Leonhard a. a. O.
2) Manigk S. 157.
3) Vgl. auch hierzu Leonhard a. a. O.

setze man diesem engeren den weiteren Begriff des Rechtsgeschäfts gegenüber. Richtiger erscheint es mir jedoch, für den engeren ein ganz anderes Wort zu finden, denn der Name Rechts-„Geschäft" gehört allein dem hier gekennzeichneten weiteren Begriff. Für das Erbrecht möchte ich eine Scheidung dahin vorschlagen, daß man den Ausdruck Testament wie bisher für das formbedürftige Schriftstück, den Kern des Rechtsgeschäfts gebraucht, für den weiteren Begriff aber den Ausdruck „Letzter Wille" vorbehält („Letztwillige Verfügung" ist wie bisher der Inhalt des Letzten Willens. [1])

Es soll damit natürlich keineswegs gesagt sein, daß etwa beim Testament die Briefe, Entwürfe, mündlichen Aeußerungen des Erblassers, die für den Letzten Willen wichtig sind, als solche Bestandteile des Rechtsgeschäfts wären. Dazu fehlt es ihnen ja schon an der Form. Aber sie sind, wenn der Vergleich gestattet ist, sozusagen „Zubehör" des Rechtsgeschäfts, sie bilden (ebenso wie die Vorverhandlungen bei einem Formvertrage), eine rechtlich bedeutsame Einheit mit dem Testament, so wie das Zubehör mit der Hauptsache eine wirtschaftliche Einheit bildet. Ebenso wie die Gegenstände, die das Zubehör bilden, diese Eigenschaft nur haben in ihrer Beziehung zur Kernsache, und solange und soweit diese Beziehung reicht, außerhalb dieser Beziehung aber selbständige Sachen sind, so gehören auch nur die Umstände außerhalb des Schriftstücks zum Letzten Willen, die in Beziehung zu ihm stehen. Ebenso wie die Zubehörstücke wohl geeignet sind, den verborgenen Charakter der Kernsache klarzulegen, nicht aber ihn zu verändern, so sind auch die geschilderten Teile des letzten Willens wohl geeignet, den Sinn klarzulegen, nicht aber ihn abzuändern. [2])

Bei der Grenzziehung nach innen ist also zu beachten, daß keine Anhaltspunkte dafür gegeben sein dürfen, daß der Erblasser bei der Abfassung des Testaments etwa bewußt den Sinn, der in den Nebenpunkten zum Ausdruck

1) Vgl. Fr. Leonhard, Lehrb. S. 197.

2) Das ist Manigks Zweifeln entgegenzuhalten (S. 159), es könne bei Berücksichtigung aller Nebenumstände nie ein Irrtumsfall vorkommen, § 2078 I sei also überflüssig.

kommt, entgegengehandelt hat. Auch einer späteren Sinnesänderung des Erblassers entsprungene Umstände sind auszuscheiden. In diesen beiden Fällen gehören die Nebenumstände eben nicht mehr zu dem Letzten Willen, der durch die Formgebung im Testament erhärtet ist.

Wo ist nun die Grenze nach außen zu ziehen? Ein jedes Rechtsgeschäft ist ein äußerer Lebensvorgang (rein innere Tatsachen fallen also ganz aus). Es wendet sich an Menschen. Eine Erklärung in die Wüste ist keine Erklärung, ist kein Rechtsgeschäft. Nur die Lebensäußerungen also, die überhaupt in irgend einer Beziehung zu anderen Beteiligten stehen, gehören zum Rechtsgeschäft. [1]) Die Abgrenzung mag im Einzelfall manchmal schwer vorzunehmen sein. Das ist aber allgemein so bei verwickelten Lebenserscheinungen. Es nimmt dem aufgestellten Begriff deshalb nicht seinen Wert und seine Brauchbarkeit.

Je nachdem nun diese Beziehung eine zweiseitige oder mehrseitige, eine enge oder losere ist, sind auch die Grenzen dessen, was noch zum Rechtsgeschäft zu ziehen ist, enger oder weiter. Daraus ergeben sich ohne Schwierigkeit die Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsgeschäften, daraus auch die Sonderstellung des Letzten Willens bei der Auslegung.

Denn bei ihm ist diese Beziehung loser als irgend sonst. Man kann die Hauptgründe in zwei Punkten zusammenfassen:

1. Im Gegensatz zu den regelmäßigen Rechtsgeschäften mangelt es dem letzten Willen an der sofortigen Wirksamkeit, an der unmittelbaren Verbindung mit der bedachten Person. Das Testament tritt oft erst nach Jahren in Geltung. In dieser Zeit hat nur der Erblasser Einfluß darauf, und er kann nach Belieben mit ihm verfahren. Im Augenblick der Wirksamkeit aber (der Abgabe der Erklärung), von dem an erst eine Auslegung in Frage kommt, ist der Erblasser tot, und nun kommen wiederum nur die

1) Vgl dazu Manigk S. 455: Der ‚wirkliche Wille' kann, wie sich aus dem in der Norm verwerteten Gegensatz ergibt, nur der unter Berücksichtigung aller Umstände und des gesamten Verhaltens sich ergebende Erklärungsinhalt sein. Der Kreis dieser Umstände ist aber doch begrenzt durch die aus dem Zweck und Begriff der Willenserklärung sich ergebende Beziehung auf den Gegner, wie sie auch in § 130 zum Ausdruck gelangt. Vgl. auch S. 159.

mit dem Testament verknüpften Personen und das Nachlaßgericht für die weitere Behandlung in Frage. Die Verfügung ist jetzt unabänderlich. Dagegen ist der Erklärende bei Rechtsgeschäften unter Lebenden stets in der Lage, eine Erklärung später zu verbessern oder, falls sie nichtig ist, von neuem vorzunehmen. Dieser Punkt gewinnt an Bedeutung, wenn wir bedenken, daß die Folgen einer zu engen Auslegung des Letzten Willens, die Nichtigkeitserklärung nicht den Verfügenden selbst, sondern vielmehr allein die Bedachten treffen, die weder beim Zustandekommen der Verfügung mitwirken, noch jetzt bei der Abwendung der Nichtigkeit etwas tun können. Weiterhin ist der Umstand nicht zu unterschätzen, daß es sich meist um bedeutende Verfügungen handelt, die ganze Vermögen betreffen, Zeiträume von oft mehreren Jahrzehnten umfassen, Schicksale von Generationen bestimmen und die großzügigsten gemeinnützigen Stiftungen ins Leben rufen, Kulturwerte schaffen können, kurz an Wichtigkeit durchschnittlich die Verpflichtungen und Verfügungen in Rechtsgeschäften unter Lebenden übertreffen. Köppen [1]) faßt das sehr schön zusammen: „Das Testament hat die Bestimmung, dem Menschen zur Verwirklichung seiner teuersten Interessen zu dienen für die Zeit, wo sie nur noch das Wohl anderer zum Gegenstand haben können."

2. Es fehlt beim Testament das Bedürfnis nach einem Vertrauensschutz. Bei Erklärungen unter Lebenden handelt es sich gewöhnlich um entgeltliche Verkehrsgeschäfte, bei denen jeder Erklärung, jeder Leistung eine andere entspricht, die der Urheber nach der ihm zugegangenen Erklärung abzumessen pflegt. Er muß sich also an das, was ihm erklärt ist, so wie er es verstehen kann, halten können. Sein Vertrauen auf das, was ihm zugeht, muß bei der Auslegung geschützt werden. Die Auslegung hat demnach in höherem Maße das Interesse des Erklärungsgegners zu berücksichtigen als das des Erklärenden. Testamente hingegen enthalten fast stets einseitige Zuwendungen ohne Gegenleistungen. Und sind doch einmal Leistungsverpflichtungen des Bedachten vorhanden: (Auflagen. Nachlaßverbindlichkeiten),

1) Köppen § 73 a. A.

so sollen sie wenigstens nach dem Willen des Gesetzes die Empfänge niemals übersteigen. (Die aus demselben Grund vorhandenen geringeren Abweichungen der Auslegung unentgeltlicher Verkehrsgeschäfte von der entgeltlicher können hier unberücksichtigt bleiben. Das Testament behält der sonstigen Punkte halber seine Sonderstellung.) Ein Grund zu Vertrauensschutz liegt aber auch weiterhin deshalb in weit geringerem Maße vor, weil die Erklärungen nicht wechselseitig zustande kommen oder doch nach gegenseitiger Beredung, sondern regelmäßig streng einseitig, ja geheim. In dieser Art der Abgabe der Willenserklärung ist auch nicht etwa ein Fehler, eine Fahrlässigkeit des Testators zu erblicken, sodaß der Schaden „näher bei ihm läge". Die Eigenart der Verfügungen bringt die Geheimhaltung mit sich. So kommt es, daß hier vor allem andern das Interesse des Erklärenden zu berücksichtigen ist, der im Regelfall über sein ganzes Vermögen zu Gunsten von lachenden Erben verfügt. Daher ist der Spielraum, den die Auslegung um den Wortsinn herum hat, sehr viel größer.

Aus diesen Umständen also, nicht aus dem Grundsatz der Geltung des inneren Willens ist es zu erklären, daß beim Testament im Gegensatz zu allen anderen Rechtsgeschäften alles auf die Persönlichkeit des Erblassers abgestellt wird. Demnach ist § 157, obwohl er von der Wissenschaft mit Recht nicht nur auf Verträge, sondern auch auf einseitige Rechtsgeschäfte angewandt wird, [1]) für die Auslegung des Letzten Willens unbrauchbar. Nach § 157 kommt den Ausdrücken die regelmäßige Verkehrsbedeutung zu. [2]) maßgebend für das Testament ist aber der Sinn, den der Testator seinen Worten unterzulegen pflegte, denn hier brauchen keine Belange des Verkehrs geschützt zu werden. „Dem § 157 kommt neben § 133 keine selbständige Rolle zu. Bei der Testamentsauslegung hat die Verkehrssitte, wenn schon eine sehr gewichtige tatsächliche, so doch nicht die gleiche rechtliche Bedeutung", sagt einmal das Reichsgericht. [3])

1) Danz J. W. 1912 S. 2 ff.
2) Vgl. Danz, Auslegung S. 69.
3) R. G. in J. W. 1912 S. 344.

Und weiterhin ergibt sich daraus die Unzulänglichkeit der oft vertretenen Behauptung, die Auslegung habe bei klarem Wortlaut keinen Platz. Wie will man auch ohne Auslegung erkennen, daß der Wortlaut wirklich nur diese eine Bedeutung hat?

Richtig ist, daß beim Testament, wie bei allen Geschäften mit fester Formvorschrift besondere Vorsicht bei Abweichung von dem an sich klaren Wortlaut nötig ist. Insofern muß die Auslegung des letzten Willens doch wiederum vorsichtiger sein als die formfreier Geschäfte, als die Form gerade zu dem Zweck gegeben ist, den Verfügenden zu zwingen, in besonders sorgfältiger Weise sein Geschäft abzuwickeln, und dies auch dem Testator meist bewußt ist. Aber das darf nicht soweit gehen, daß Umdeutung abgelehnt wird.[1]) Es ist nicht der Beruf des Richters, den Testator für seine Leichtfertigkeit durch Nichtigkeitserklärung seiner Verfügung zu strafen. Schließlich ergibt sich aus alledem, daß wir es nicht mehr mit einem *favor testamenti*, einer *benigna interpretatio* im römischen Sinne zu tun haben. Die Römer legten ihrer Sonderstellung ethische Gesichtspunkte zu Grunde, das zeigt schon die Zusammenstellung der *causae favorabiles:* Freiheit, *dos*, Testament. Man verlangte noch im gemeinen Recht,[2]) die Verfügungen des Erblassers müßten sich auf Wohlwollen gründen, dürften nicht Ausfluß des Hasses, der Schikane, des Indifferentismus sein, mit dem Gesetz der Moral oder Familienliebe im Widerspruch stehen. Sonst sei ihnen die *benigna interpretatio* nicht zu gewähren. Insbesondere seien captatorische Verfügungen deshalb nichtig, weil sich aus ihrer Natur schließen lasse, der Erblasser habe sie aus Eigennutz eingesetzt, oder solche, die den Bedachten beschimpfen, weil der Ausdruck des Hasses das Wohlwollen des Erblassers ausschließe. Wo sich die Nichtigkeit solcher Verfügungen nicht aus allgemeinen Rechtssätzen ergibt, wie bei den unsittlichen Verfügungen, da kann dieser Gesichtspunkt der unlauteren Gesinnung des Erblassers nicht zur Geltung kommen. Somit können wir auch heute den Satz des gemeinen Rechts nicht mehr anerkennen, daß Enterbungen eine Ausnahme von der

1) So auch Danz S. 231, 233.
2) Köppen S. 473.

benigna interpretatio machten. [1]) Es ist nicht einzusehen, warum man den Verfügungen eines Erblassers zu Gunsten eines Menschen mehr Ueberlegung und Sinn zuschieben will, als denen zu Ungunsten eines anderen. Der Richter kann ja auch sehr oft den Beweggrund nicht kennen, der unter dem Schein einer unerfreulichen Gesinnung berechtigt und billigenswert sein kann. Zudem ist die Rechtsordnung dazu da, das äußere Leben der Menschen und das Schicksal von Vermögensmassen zu regeln, nicht aber auf moralischem Gebiet regelnd und bevormundend einzugreifen.

Daß die Wissenschaft überwiegend der Testamentsauslegung die hier verfochtene Freiheit zuspricht, ist bereits erwähnt. Dieser Standpunkt wird auch in der Praxis von einer großen Reihe von Entscheidungen geteilt.

So sagt das R. G., [2]) „das Berufungsgericht hat damit, daß es dem Wortlaut der in Frage stehenden Bestimmung (aus einem Erbvertrage) eine zu weitgehende Bedeutung gegenüber den sonstigen für die Ermittlung der Willensmeinung verwertbaren Umständen beigemessen hat, gegen den § 133 verstoßen." Das Reichsgericht nennt diese Heranziehung geradezu einen Rechtsgrundsatz. Es führt hier zur Begründung auch einen späteren Testamentsentwurf desselben Erblassers an, in dem die bestehende Lücke in bestimmter Weise ausgefüllt ist. [3]) In zwei anderen Entscheidungen steht dagegen das R.G. auf einem engherzigeren Standpunkt. So stellt es einmal besonders fest, [4]) daß zwischen dem Wortsinn und dem Auslegungsergebnis kein Widerspruch vorhanden sei, und es bemerkt, [5]) daß eine Zeugenaussage, die zur Auslegung eines Testaments herangezogen werde, das Ergebnis nicht gegenüber dem Wortsinn der Verfügung verändern dürfe. Am engsten sprechen sich zwei Oberlandesgerichtsentscheidungen aus. Die eine [6]) „beschränkt die Auslegung auf den Inhalt des

1) *lex* 19 D. *de lib. et post.* (28, 2), Köppen S. 463.
2) R. G. in J. W., 1913 S. 991.
3) Vgl. noch Seuff. Arch. Bd. 29 Nr. 248 S. 383, Bd. 18, Nr. 59 S. 91, Bd. 8 Nr. 151 S. 215, Bd. 19 Nr. 292 S. 455. Weitere Zitate bei Fischer u. Staudinger vor § 2066 S. 380.
4) R. G. in Recht 1911 Nr. 1155.
5) R. G. in Recht 1910 Nr. 3532 (übereinstimmend mit K. G).
6) OLGE. 7 S. 119.

Testaments selbst und läßt außerhalb dessen liegende Momente nicht zur Abänderung zu." Eine weitere [1]) sagt zur Umdeutung einer Testamentsbestimmung: „Ein hierauf gerichteter Wille erhält erst dann rechtliche Bedeutung, wenn er in gesetzlich vorgeschriebener Form erklärt wurde."

Die Geltung des inneren Willens begründet Fr. Leonhard [2]) eingehend. Die Geschichte, die er heranzieht, (Uebereinstimmung mit Rom), ist für eine Ansicht stets eine gute Stütze, hemmt aber das Aufkommen einer neuen Konstruktion nicht. Die aus dem Wesen des Testaments und aus dem Gesetz entnommenen Gesichtspunkte kann ich auch für meine Auffassung verwerten. Und auch die Begründung, es sei „unanständig, von einem Verstorbenen etwas gegen seinen Willen zu erwerben", es sei „ethisch verwerflich", die Erklärung eines Toten wider seinen Willen auszulegen, [3]) schlägt m. E. keineswegs durch. Denn denselben Gesichtspunkt kann man auch bei manchen, besonders den unentgeltlichen Verkehrsgeschäften anführen. Und nach dieser Forderung müßte schließlich doch der formlos geäußerte, dem früher gemachten Testament gegenüber verschiedene, wirklich letzte Wille anerkannt werden. Wenn man von dem Letzten Willen oder der letztwilligen Verfügung spricht, so ist aber — darauf weise ich nochmals hin, um Mißdeutung des als Fachausdruck gedachten Wortes „Letzter Wille" vorzubeugen — daraus keineswegs zu schließen, daß stets die letzten Gedanken des Erblassers maßgebend und bei der Auslegung ohne weiteres den Text des Tesamentes umzudeuten geeignet wären. Es ist vielmehr stets festzuhalten, daß der letzte Wille über Gebiete, die im Testament nicht geregelt sind, überhaupt nicht rechtsverbindliche Geltung erlangen kann, [4]) und daß eine Umdeutung der im Testament geregelten Gegenstände auf Grund von außerhalb des eigentlichen Testaments liegenden Umständen dann nicht möglich ist, wenn feststeht, daß der Erblasser inzwischen seinen Willen geändert hat. Doch ist m. E. eine derartige Annahme nur gerechtfertigt, wenn wirklich überzeugende Gründe dafür

1) OLGE. 16 S. 76.
2) Leonhard, Erbrecht § 2084 II 1—6.
3) Leonhard, Lehrb. S. 200.
4) So auch Leonhard § 2084 II.

sprechen. Im allgemeinen muß man annehmen, daß ein Erblasser, der seine Verfügung als unpassend oder unrichtig erkannt hat, sie umso schneller ändern wird, je wichtiger der Punkt ist. Diese Annahme wird bei Privattestamenten noch mehr zutreffen als bei öffentlichen.

4. Die Auslegung bei besonderem Inhalt. § 12

Der Erblasser kann in seinem Testament auch Verfügungen treffen, die mit seinem Nachlaß garnichts zu tun haben, ohne daß dadurch der Verfügung der Charaker einer letztwilligen genommen würde. Besonders kommen in Frage Vorschriften zur Regelung von Familienverhältnissen. [1]) Ja, es kann sich dabei sogar um Verfügungen handeln, die mit Tod und Erbgang in keinem inneren Zusammenhang stehen, z. B. die des § 332. M. E. können auch ohne gesetzliche Anhaltspunkte alle beliebigen Verfügungen testamentarisch getroffen werden, sofern sie sich in ihrem Wesen mit der besonderen Gestaltung des Testaments vereinbaren lassen. [2])

Man könnte zweifeln, ob für diese Verfügungen, die doch sozusagen nur zufällig in dieser Form gegeben sind, die ebensogut, ja vielleicht eher durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden abgeschlossen werden könnten und dies auch regelmäßig werden, auch die auf den normalen Testamentsinhalt zugeschnittenen Auslegungsregeln für den Letzten Willen Anwendung finden. Besonders fraglich erscheint das dann, wenn ein Testament n u r solchen Inhalt hat.

Die Gleichstellung dieser Fälle könnte den Vorwurf einer sachlich ungerechtfertigten Bevorzugung vor den unter Lebenden abgeschlossenen Rechtsgeschäften wachrufen und die Befürchtung aussprechen lassen, daß mancher, um den *favor testamenti* zu genießen, die Form des Testaments zu wer weiß welchen Verfügungen benutzen

1) z. B. fortgesetzte Gütergemeinschaft §§ 1509—1515 (stellt keine Nachlaßverfügung dar nach § 1483 Satz 2); Anordnung einer Beistandsbestellung § 1687; Bestimmungen über die Vormundschaft der Kinder §§ 1777, 1782, 1797 III, 1852 ff. (nach § 1856); Einsetzung oder Aufhebung eines Familienrates § 1856 ff. (nach § 1868 I), 1880.

2) Vgl. dazu Leohard § 1937 III A; dagegen Planck, Vorbem. 2 zu § 1937 bis 1941; Staudinger § 1937 III u. a., deren Begründung nicht überzeugt.

würde, eine Folge, die schon wegen der damit in den Rechtsverhältnissen eintretenden Verzögerungen und Unbestimmtheiten, (die natürlich nie zum Nachteil des Erblassers wären), wie wegen der Belastung von Gericht und Erben nicht zu begrüßen wäre. Das war wohl auch ein Grund für die römische Beschränkung des testamentarischen Charakters auf solche Verfügungen, die eine Erbeinsetzung enthielten.

Die Entscheidung dieser Frage ruht auf den schon vorher eingehend besprochenen Gründen für die allgemeine Sonderstellung des Letzten Willens. Wie wir sahen, liegt nicht, wie man es für Rom annehmen kann, eine auf gefühlsmäßigem Grunde erwachsene *benigna interpretatio* vor, sondern es sind rein praktische, aus der Natur des Letzten Willens als solchen sich ergebende Gesichtspunkte, allen voran die Tatsache, daß in dem Zeitpunkt, in dem die Verfügung wirken soll, der Verfügende nicht mehr imstande ist, irgendwie zu ihrer Wirksamkeit beizutragen, und daß der Grund zu einem Vertrauensschutz der Gegenpartei fehlt. Da nun diese Gründe von dem Inhalt der Verfügung völlig unabhängig sind, so muß die Sonderstellung trotz der angeführten Bedenken allen letztwilligen Verfügungen zuerkannt werden, auch denjenigen, die mit Tod und Erbgang nicht im Zusammenhang stehen. Auch Strohal [1]) will wohl mit seiner Bemerkung, daß die in Testamentsform getroffene Bestimmung rechtlich ganz dieselbe Bedeutung habe, wie die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vorgenommene, nicht die Frage der Auslegung berühren.

§ 13

5. Das Gesetz.

Im BGB. sind die Grundsätze, die die Sonderstellung des Letzten Willens ausmachen, keineswegs systematisch ausgesprochen. Es besteht keine Bestimmung, die den für die allgemeine Auslegung grundlegenden § 133 ausschließt. Auf ihn, der ja selbst einer so weitgehenden Auslegung fähig ist, wie die mannigfachen Theorien zeigen, baut sich also auch hier alles weitere auf. Daneben gibt das Gesetz

1) Strohal § 23 III 2.

die Sonderstellung in einigen wichtigen allgemeinen und zahlreichen Einzelbestimmungen.

Von den allgemeinen Bestimmungen sind am bedeutendsten die §§ 2084 ff. und 2078.

1. Auf den § 2084 legte der Gesetzgeber zur Begründung der Sonderstellung augenscheinlich den größten Wert. Darin folgte er dem A. L. R. I., 12 § 519 und dem Sächsischen BGB. § 2158. Die Motive [1]) führen zur Begründung an, daß diese Bestimmung „in ihren Grundgedanken allen geltenden Rechten entspricht." Und doch ist diese Vorschrift eigentlich nicht geeignet, gerade die Sonderstellung des Testaments zu begründen. Denn sie ist, wie Danz [2]) richtig bemerkt, ein oberster Leitsatz einer jeden Auslegung, der dem Richter hier nur besonders eingeschärft wird. Geht man ihm nämlich auf den Grund, so gibt er den allgemein wichtigen Rat, die Auslegung stets auf den Zweck des Geschäftes (s. „Erfolgswillen" oben) abzustellen. Den gaben schon die römischen Juristen, [3]) es wird auch heute mit Recht für jede Auslegung betont, daß der Richter davon auszugehen hat, daß der Erklärende doch im Zweifel etwas gewollt haben wird, was Erfolg und Bestand haben kann, [4]) daß die Endabsicht wie ein roter Faden stets festzuhalten ist und zweifelhafte Stellen nach ihr auszulegen sind. [5]) „Der Richter hat die Schwierigkeiten zu lösen durch treues Eingehen auf die Grundgedanken des Testators, durch Erwägung aller bezüglichen Verhältnisse zur Zeit der Errichtung des Testaments und durch Vergegenwärtigung dessen, was der Erblasser hiernach gewollt und nicht gewollt haben wird." [6]) Die Tatsache der besonderen gesetzlichen Einschärfung gerade beim Letzten Willen verleiht der Bestimmung aber doch ihren eigenen und wertvollen Charakter: Sie gibt dem Richter bei der Umdeutung die notwendige, besonders weitgehende Freiheit vom Worte.

1) Mot. V S. 43, weitere Zit. bei Danz S. 229.
2) Danz S. 202, 151.
3) Vgl. *lex* 80 D. *de verb. obl.* 45, 1; *lex* 19 D. 28, 2; *lex* V D. 29, 3.
4) Fischer S. 3, vgl. aber auch S. 2.
5) Vgl. Bolze Bd. 20 S. 326, OLGE. Bd. 18 S. 333, Bd. 24 S. 108.
6) Dernburg, Pr. Priv. R. III § 122. 3. Aufl. S. 360.

2. § 2085 erhöht, wie erwähnt, [1]) die Selbständigkeit der Einzelverfügung im Testament. Er steht insofern für die Auslegung der Gesamtverfügung anstelle von § 139, den er aber für die Auslegung der Einzelverfügung keineswegs verdrängt. § 2085 betrifft nicht den Fall, in dem mehrere — an sich gültige - Einzelverfügungen miteinander nicht vereinbar sind. Kann hier die Auslegung nicht für eine der Verfügungen einen Irrtum oder eine Willenswandlung feststellen, so müssen in der Regel alle widersprechenden Verfügungen wegfallen. Es können aber hier Auslegungsregeln wie der § 2090 durch gesetzliche Umdeutung die Aufrechterhaltung bewirken.

3. Aus der Besonderheit des Letzten Willens erklärt sich der Gegensatz des § 2086 und der §§ 154, 155, hinsichtlich des Vorbehalts einer Ergänzung. Die Nichtvornahme einer angekündigten Ergänzung wirkt im Zweifel als schlüssige Handlung: man schließt daraus auf den Verzicht des Erblassers auf die Ergänzung. Wo aber nicht der ausdrückliche Vorbehalt, sondern offene Stellen oder Lücken in der Verfügung auf eine Ergänzung hinweisen, da greifen anstelle von § 2086 der § 2084 und die Sonderbestimmungen, schließlich die richterliche Ergänzung Platz.

4. Einen viel zu breiten Raum für die Auslegung gibt m. E. die h. M. dem § 2078. Man darf nicht übersehen, daß dieser zur Auslegung des Letzten Willens eigentlich doch nur negativ herangezogen werden kann. Er behandelt die Anfechtung, diese greift jedoch nur nach vollendeter, aber erfolgloser Auslegung ein und führt im Gegensatz zu jener stets zur Nichtigkeit der Verfügung. Man hat also auch zwischen diesen beiden Begriffen einen scharfen Scheidungsstrich zu ziehen. Ein Beispiel: Köppen sagt: [2]) bei Worteindeutigkeit lasse sich die Verfügung nur durch den Nachweis entkräften, daß es bei ihr. an der Uebereinstimmung von Wille und Erklärung fehle usw. Damit leugnet er vollkommen die Möglichkeit der Umdeutung und begreift den Fall der *falsa demonstratio* zu den Irrtumsfällen. Diese ist aber ein Fall, wo noch im

---

1) Siehe Seite 9 dieser Arbeit.
2) Köppen S. 463.

Gebiete der Auslegung mittels Umdeutung die Verfügung aufrecht zu erhalten ist. Es liegt hier eine an sich eindeutige Erklärung vor, der aber die Auslegung aus dem gesamten Rechtsgeschäft einen ganz anderen Sinn gibt, als man erwarten sollte. Dieser Sinn gilt nun allein beim Letzten Willen infolge des mangelnden Bedürfnisses nach Vertrauensschutz und der sich daraus ergebenden Ausschaltung des § 157, wie schon dargestellt. Ein Irrtumsfall liegt nicht vor, der Erblasser hat erklärt, was er wollte, aber auf seine eigene Art. [1]). Hat also der Erblasser z. B. „alle im Haus befindlichen Gegenstände vermacht", so sind darunter nur „Sachen" zu verstehen, nicht auch Rechte (Schuldscheine über Forderungen), wenn sich aus einer Reihe früherer Verfügungen ergibt, daß er körperliche Sachen so zu bezeichnen pflegte. [2])

Nun liegen aber nicht alle Fälle so klar, wie die angeführten, und es ist deshalb die Erkenntnis der Umdeutungsmöglichkeit und die richtige Umdeutung eine der vornehmsten, aber auch eine der schwierigsten Aufgaben des Richters.

Die Anfechtung des Testaments ist also zu beschränken auf die wirklichen Fälle echten Irrtums (§ 2078 I) und auf die des Irrtums im Beweggrunde (§ 2078 II). Die Anfechtung wegen echten Geschäftsirrtums wird aber verhältnismäßig selten sein. Denn durch persönliche Auskunft kann ja der Erblasser nicht angeben, daß er sich geirrt habe. Kann man aber den Irrtum aus Erklärungen von ihm entnehmen, die man nach meiner Darstellung noch zu dem weiteren Begriff des Rechtsgeschäfts zählen kann, so ist es eben möglich, ohne Anfechtung, durch Auslegung oder Ergänzung dem „wirklichen Willen" zum Siege zu verhelfen. Das ist zu erstreben, soweit es irgend zu rechtfertigen ist. Denn die Anfechtung kann ja zwar auch heilsam wirken, indem sie eine dem „wirklichen Willen"

1) Vgl. Danz S. 235; Motiv S. 40 Bd. V; Prot. V S. 49; Paul Meyer § 32 Note 19, Staudinger § 2065, 4; RGE. 70 S. 393, Strohal § 24 II 1 S. 130: „Dem Erblasser unterlaufene Unrichtigkeiten sind unschädlich, dafern sich nur die vom Erblasser wirklich gemeinte Person mit Sicherheit feststellen läßt."

2) RGJW 1912 S. 344, vgl. auch das berühmte Bismarckbeispiel Cosacks: Ein Erblasser setzt als Erben „Bismarck" ein. Es stellt sich heraus, daß er seinen Lieblingsneffen „B." zu nennen pflegte. Dieser wird Erbe. [Aus dem Erbrechtskolleg Cosack's.]

nicht entsprechende Erklärung vernichtet, aber sie vermag doch nicht positiv nun diesem wirklichen Willen zum Sieg zu verhelfen. Man wird sie ohne Bedenken also nur da anwenden dürfen, wo nach herbeigeführter Nichtigkeit noch die Umwandlung nach §§ 140 eine, wenn auch abgeschwächte, positive Wirkung herbeizuführen imstande ist. Die Sonderstellung des Letzten Willens sucht das Gesetz im übrigen beim Geschäftsirrtum dadurch hervorzuheben, daß nur subjektive Gesichtspunkte maßgebend sind, also auch ein Irrtum genügt über Umstände, die bei verständiger Würdigung des Falles belanglos sind.

Bei dem Irrtum im Beweggrund wird nach seiner Natur eine Umdeutung oder Ergänzung regelmäßig nicht möglich sein. Der „wirkliche Wille" ist hier oft garnicht vorhanden, oft nicht ausgedrückt, oft führt auch von seinem Ausdruck zu der testamentarischen Erklärung keine Brücke. Daß die Erheblichkeit des Irrtums im Motiv nicht zur Willenstheorie führen muß, bedarf, glaube ich, hier keiner weiteren Ausführung mehr.

Eine besondere Anfechtung wegen Betrugs findet nicht statt. Sie ist auch neben der wegen Irrtums im Beweggrunde entbehrlich.

Schon ins Gebiet der Ergänzung gehört die im § 2079 geregelte Anfechtung wegen Uebergehung eines Pflichtteilsberechtigten.

5. Auch die große Reihe der meist auf kleinem Wirkungskreis beschränkten Auslegungssonderbestimmungen bedarf keiner weiteren Besprechung. Einzelne für die Umdeutung besonders wichtig erscheinende Fälle finden sich unter den Beispielen im § 16.

§ 14 III. Die Ergänzung.

I. Der Richter darf, wie wir gesehen haben, bei der Auslegung den Rahmen des Rechtsgeschäfts nicht verlassen. Er darf im besonderen, mögen ihm die Bestimmungen auch noch so töricht erscheinen, sie nicht verbessern, er hat zu dienen, nicht zu herrschen.

Wo die Auslegung nicht zum Ziele führt, hat er größere Bewegungsfreiheit zur Umwandlung. Aber noch in einer weiteren Richtung kann er freier wirken: bei der sog. Ergänzung.

Sie greift ein, wenn ein Fall eintritt, an den der Erblasser garnicht gedacht hat, für den er also auch keine Bestimmungen hat treffen können, wofür er aber andere Verfügungen getroffen hat, die in bestimmte Richtung weisen und es als sicher erscheinen lassen, daß der Erblasser, wenn er den Fall bedacht hätte, ihn in ganz bestimmter Weise geregelt haben würde. Infolge einer Veränderung von Umständen liegt eine Lücke in der Nachlaßregelung vor, während der Erblasser glaubte, in dieser Richtung vollständig verfügt zu haben, auch eine der Lücke entsprechende Verfügung wirklich vorhanden ist, diese die Lücke aber nicht ausfüllt. Ob die im Testament stehenden Bestimmungen unter diesen Umständen noch neben der zu ergänzenden Lücke wirken, oder ob sie für diesen Fall, den sich der Erblasser nur anders vorgestellt hat, gedacht sind, also so, wie sie gegeben sind, nicht in Wirksamkeit treten können, ist gleichgültig. Wichtig ist nur, daß sich eine bestimmte Willensrichtung des Erblassers im Letzten Willen feststellen läßt, sei es ein Ziel erstrebend, sei es bemüht, etwas zu vermeiden.

Die Ergänzung steht zwischen Auslegung und Umwandlung, ja man könnte sie geradezu eine Nebenbildung der Umwandlung nennen. Denn ebenso wie bei der Umwandlung verläßt der Richter bei der Ergänzung den Boden des Rechtsgeschäfts.

1. Bezieht sich der niedergelegte Wille der Parteien, der Sinn des Rechtgeschäfts, in erster oder zweiter Linie (eventuell) auf den vorliegenden Fall, so hat die Auslegung allein das Wort. Erst wenn sie das bestimmt verneint, greift die Ergänzung Platz, die Auslegung muß also stets auch der Ergänzung vorangehen. Falsch ist es daher, wenn Danz [1]) sagt: Durch Auslegung müssen wirkliche Lücken ergänzt werden.

---

1) Danz, Auslegung S. 232; vgl. auch Strohal S. 132 Note 4 und dort zit.

2. Auch darin gleicht die Ergänzung der Umwandlung, daß für sie gefordert wird, daß die Zielrichtung, (die Richtung des Erfolgswillens) im Rechtsgeschäft nicht verlassen werde. [1])

3. Der Unterschied zwischen Umwandlung und Ergänzung liegt jedoch darin, daß die Ergänzung zunächst nicht zur Voraussetzung hat, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft nichtig ist. Im Gegenteil muß dies Rechtsgeschäft selbst gültig sein, wenn es auch vielleicht infolge tatsächlicher Verhältnisse nicht wirken kann. Stellt also die Umwandlung ein ganzes Rechtsgeschäft neu her, so fügt die Ergänzung in ein vorhandenes nur Teile ein. Doch kann sich auch die Umwandlung auf Teile eines Rechtsgeschäfts beziehen, und die hinzugefügten Teile bei einem ergänzten Rechtsgeschäft können die Natur selbständiger Rechtsgeschäfte haben, wie gerade die Einzelverfügungen im Testament zeigen.

So kann man also zusammenfassend zur Unterscheidung sagen, daß bei der Umwandlung dasselbe Geschäft einen anderen Charakter bekommt, bei der Ergänzung dagegen entweder das Geschäft ganz dasselbe bleibt oder ein halb selbständiges neues Geschäft entsteht. Im übrigen enthält eine jede Umwandlung stets auch eine Ergänzung, mag dies in höherem oder geringerem Grade hervortreten.

Wenn mir ein Vorschlag *de lege ferenda* erlaubt ist: Es ist vielleicht gut, die scharfe Begrenzung der Umwandlung auf nichtige Rechtsgeschäfte fallen zu lassen und § 140 etwa zu fassen:

> Kann ein Rechtsgeschäft in der vorliegenden Form den erkennbar erstrebten Erfolg nicht erreichen, so ist es umzuwandeln oder zu ergänzen, wenn nicht ein in ihm zum Ausdruck gekommener Wille entgegensteht.

Damit würden wir eine allgemeine Ergänzungsregel bekommen, die im BGB. noch fehlt. Doch ist — zum mindesten beim Testament — die Berechtigung des Richters zu allgemeiner Ergänzung auch heute überwiegend anerkannt.

1) Vgl. § 5 oben — ein gutes Beispiel bietet Bolze, Prax. d. R. G. Bd. IV Nr. 721.

Scharf und treffend sagt Bolze: [1]) „Der Richter ergänzt und korrigiert das Rechtsgeschäft, so wie er in der Rechtsanwendung das Gesetz, wenn es zu unpassenden Konsequenzen führt, innerhalb der allgemeinen Intentionen des Erblassers ergänzen und korrigieren darf“ und weiter: [2]) „Der Richter hat mit seinem Ausspruch nicht den tatsächlichen Willen des Erblassers ermittelt, sondern er hat aus dem, was der Erblasser tatsächlich angeordnet hat, rechtlich gefolgert, das . . . , entspreche dem Willen des Erblassers, dieser würde, wenn er an solchen Fall gedacht hätte, ebenso verfügt haben.“

II. Das Gesetz enthält im Erbrecht eine ganze Reihe von Sonderbestimmungen ergänzender Natur. Doch herrscht über ihren Charakter noch Uneinigkeit, [3]) ja Danz leugnet überhaupt das Vorkommen ergänzender Bestimmungen im Erbrecht. [4]) Kann ich mich natürlich auch nicht mit allen befassen, so möchte ich doch zwei für den Letzten Willen wichtige und lehrreiche Bestimmungen herausgreifen.

a) Einen ergänzenden Rechtssatz stellt der § 2102 dar. Ihn als Auslegungsregel zu bezeichnen, ist falsch, denn die Bestimmung setzt voraus, daß durch Auslegung festgestellt ist, daß das Testament die Einsetzung eines Nacherben enthält und nicht eines Ersatzerben. (Den hierbei möglichen Zweifelsfall erledigt die ausgesprochene Auslegungsregel des Absatz 2). Der Absatz 1 ist aber auch kein Umwandlungsfall. Die Einsetzung als Nacherbe wird ja nicht nichtig, denn bestände diese Vorschrift nicht, so würde einfach der nächste gesetzliche Erbe Vorerbe und der eingesetzte Nacherbe. [5])

b) Die nahe Verwandtschaft von Ergänzung und Umwandlung wird uns besonders deutlich, wenn wir zwei ganz ähnliche gesetzliche Fälle einander gegenüber stellen,

1) Bolze, Zeitschr. f. d. Ziv.-Proz. Bd. 14 S. 442 ff., vgl. auch R. G. bei Bolze Bd. IV Nr. 487 und neuestens R. G. 106 S. 357.
2) Bolze S. 443.
3) Eine Begriffsbestimmung des ergänzenden Rechtssatzes gibt R. G. 106 S. 357.
4) Danz S. 332.
5) Vgl. über diese „konstruktive Nacherbschaft“ Prot. V. S. 92 und über den Streit hinsichtlich des römischen Satzes: *positus in condicione non est positus in dispositione.* Meischeider S. 80.

den § 2097 und 2101. § 2097 enthält keine Umwandlung, sondern nur eine Ergänzung, eine Erstreckung eines gültigen, nur tatsächlich nicht wirkenden Rechtsgeschäfts auf einen weiteren Punkt. (Der folgende ganz ähnliche § 2098 aber enthält eine reine Auslegungsregel). § 2101 ist dagegen typisch der umgedrehte § 140, auf einen Sonderfall bezogen.

III. Alle diese Arten der Behandlung des Rechtsgeschäfts schließen sich trotz ihrer Scheidung voneinander gegenseitig nicht aus. Dafür ein Beispiel: Der Erblasser hat seinen Freund X zum Erben eingesetzt und dann ausdrücklich, aber kurz „alle gesetzlichen Erben" ausgeschlossen. Nun schlägt X aus. Letzter gesetzlicher Erbe ist der Fiskus (§ 1936). Er kann nicht ausgeschlossen werden (§ 1938). Nach dem Wortlaut ist dann die Verfügung, der Ausschluß aller gesetzlichen Erben, nichtig. Sollen nun deshalb die gesetzlichen Erben als Intestaterben eintreten, als ob nichts bestimmt wäre? Nein!

a) Es können die Umstände ergeben, daß der Sinn dieser Erklärung nur ist „alle Verwandten". Dann gilt nach § 133 dieser Sinn. Solche Umdeutung wird regelmäßig möglich sein.

b) Ist das nicht der Fall, so läßt sich die Verfügung in eine Reihe von Teilverfügungen zerlegen, die die einzelnen gesetzlichen Erben betreffen. Dann berührt nach § 2085 die Unwirksamkeit der letzten dieser Bestimmungen die Geltung der anderen nicht: Nichtig ist nur die Ausschließung des Fiskus.

c) Man kann schließlich die Verfügung dahin ergänzen: Alle gesetzlichen Erben, soweit sie ausschließbar sind, sollen ausgeschlossen sein. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage lieber die Bestimmungen hätte fallen lassen, als dies hinzuzufügen. Alle diese drei Behandlungsarten führen also zum selben Ergebnis.

d) Eine Umwandlung kommt m. E. nicht in Frage, weil das gültige Geschäft kein anderes Geschäft, sondern ein bloßes *minus* mit demselben Charakter ist.

IV. Fälle der Umwandlung. § 15

I. 1. Ein Hauptbeispiel einer gesetzlichen Umwandlung schon im römischen Recht war die *cautio Muciana*, ohne daß sie bisher als Umwandlungsfall erkannt worden wäre. Wer als Legatar eingesetzt ist, aber unter einer aufschiebenden negativen Potestativbedingung *(si Stichum non manumiserit)*, deren Erfüllung erst mit seinem Tod entschieden ist, kann nach dem strengen Wortlaut des Testaments nie das Legat erhalten, ebensowenig seine Erben (vgl. auch § 2074 im BGB.). Daher bestimmt das Recht der Mucianischen Kaution, daß der Bedachte gegen Sicherheitsleistung sofort die Zuwendung erhält, aber im Fall der Zuwiderhandlung gegen die Bedingung sie wieder herauszugeben hat: Die aufschiebend bedingte Zuwendung wird in eine auflösend bedingte umgewandelt. Später wurde der Anwendungsbereich der *cautio Muciana* auf Erbschaften ausgedehnt, im BGB. dann auch auf affirmative und solche Potestativ-Bedingungen, die nicht erst mit dem Tode des Bedachten wirksam werden können, sondern nur an einen Zeitpunkt von unbestimmter Dauer geknüpft sind.

Es fragt sich, ob diese Umwandlung in verwandten Fällen einzutreten hat, die vom BGB. nicht geregelt sind. Die Bestimmung des § 2075 bezieht sich nicht auf Anfangstermine. Ein dahingehender Antrag, auch den Anfangstermin hineinzuziehen, wurde in der zweiten Kommission abgelehnt. [1]) Der Gesetzgeber überließ damit die Auslegung einer solchen Bestimmung ganz der richterlichen Ueberzeugung. Die Kommission führte zur Begründung an, daß bei Anfangsterminen wohl die Absicht des Erblassers meist auf Einhaltung des Termins, gegebenenfalls auf Vererblichkeit der Zuwendung hingehe. Doch sei die Absicht des Testators oft verschieden, z. B. bei einer Geldsumme und einem persönlichen Gebrauchsgegenstand (oder bei einem Gegenstand, der zu dem bestimmten Termin im besonderen Verhältnis steht, etwa für dies Ereignis gerade bestimmt ist). Ich glaube, man kann dieser Regelung der

1) Vgl. Prot. 333. Sitzung, S. 6590.

Frage durch den Gesetzgeber nur beipflichten. Denn es ist doch etwas anderes, ob der Erblasser einen festen Termin setzt oder eine Bedingung, deren Erfüllung in das Belieben des Bedachten gestellt ist. Bei dieser denkt der Erblasser oft garnicht an den Unterschied von Anfangs- und Endbedingung. Er macht sich nicht klar, daß der Bedachte nach der wörtlichen Bestimmung vielleicht niemals zu seinem Recht kommen kann. Die Anknüpfung an einen *dies certus* hingegen ist ihrer Natur nach schon soviel bestimmter, daß in der großen Mehrzahl der Fälle hier die Verfügung wörtlich auszuführen ist. Das Prinzip des § 163, wonach Termine analog den Bedingungen behandelt werden, findet also hier keine Anwendung.

Wie steht es mit der Umwandelbarkeit der Zufallsbedingungen? Das österreichische ABGB. hat im § 708 die Mucianische Kaution auf die negativen Zufallsbedingungen ausgedehnt. Unger [1]) bemerkt dazu, daß das österreichische Gesetzbuch in dem fraglichen Punkte wohl weit über die Grenzen des Bedürfnisses hinausgehe. Das soll wohl besagen, daß diese Fälle selten seien. Wenn er aber damit die Berechtigung der Umwandlung in diesen Fällen überhaupt leugnen will, so kann ich ihm nicht beipflichten. Nehmen wir als Beispiel: „Mein Bruder soll dies Vermächtnis bekommen, falls das Saargebiet nicht später französisch wird" oder „falls mein Sohn niemals eine Anstellung als Richter bekommt, soll mein Bruder meine Bibliothek erben" (Zufall vom Standpunkt des Bedachten aus). In diesen Fällen führt uns allein die Umwandlung zum Ziel. Der Grundsatz des § 2075 ist also auf die negativen Zufallsbedingungen auszudehnen, wozu § 140 die notwendige und ausreichende Grundlage bietet.

2. Ein weiterer Fall gesetzlicher Umwandlung im römischen Recht kommt bei der Pupillarsubstitution vor. Hier umfaßt die Verfügung durch gesetzlichen Zwang stets die Gesamtheit des Nachlasses des Unmündigen, auch wenn sie im Testament beschränkt war, z. B. auf das dem Pupillen vom Erblasser zugewandte Vermögen. Eine bloße Ergänzung liegt m. E. wegen der Verschiedenheit der vom

1) Unger, Österr. Erbrecht § 16 Anm. 23.

Erblasser und vom Gesetzgeber verfolgten Absichten hierbei nicht vor. Obwohl es nicht besonders erwähnt ist, wird man doch anzunehmen haben, daß diese Bestimmung keine unbedingt zwingende war, sondern durch entgegenstehenden Willen Nichtigkeit der gesamten Verfügung eintrat. Es war also ein Fall echter Umwandlung.

Anstelle der *substitutio pupillaris* steht heute die Nacherbschaft. Bei ihr finden wir eine ganze Reihe von gesetzlichen Umwandlungsregeln, z. B.:

3. Die Erbeinsetzung eines zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugten Menschen oder einer noch nicht entstandenen juristischen Person kann nur Nacherbeinsetzung sein, wenn sie gültig sein soll. Daher wandelt das Gesetz sie dahin um (§ 2101). Das ist ein echter Umwandlungsfall.

Eine besonders schwierige Lage entsteht dann, wenn der Erblasser die für den Fall der Nichtigkeit seiner Verfügung gegebene gesetzliche Bestimmung ausdrücklich ausschließt. Ein gutes Beispiel aus dem Recht der Nacherbfolge gibt Strohal: [1]) Der Erblasser hat bestimmt, daß der — noch nicht erzeugte — Sohn seines Bruders sein Erbe sein solle unter Ausschluß jeder vorläufigen gesetzlichen Erbfolge. Er hat aber einen Testamentsvollstrecker für die Zwischenzeit ernannt usw. Hier wäre es, wie Strohal auch anerkennt, sinnlos, nach dem Buchstaben des Gesetzes, die Rechtsunkenntnis des Erblassers dahin auszunutzen, daß seine gesamte Verfügung für ungültig erklärt wird. Denn bei Kenntnis der rechtlichen Undurchführbarkeit seiner Bestimmung hätte der Erblasser sich sicher zur Vorerbfolge entschlossen, sein Verbot gilt nicht in *omnem eventum.* [2])

4. Erbe kann nur ein Mensch sein. Nun hat eine alte Jungfer ihren Papagei und ihre Lieblingskatze als Erben ihres bescheidenen Nachlasses eingesetzt. Ist diese Einsetzung auch für nichtig zu erachten, so darf der gesetzliche Erbe die Tiere doch nicht verkommen oder töten lassen. Denn der Erfolgswillen des Letzten Willens ist keineswegs durch die nichtige Formgebung ebenfalls nich-

1) Strohal § 27 I S. 165.
2) Weiteres über Nacherbschaft in den §§ 16 u. 17.

tig und unbeachtlich geworden, die Verfügung ist umzuwandeln in eine Auflage an den gesetzlichen Erben, bis zur Aufzehrung des Kapitals für den Lebensunterhalt der Tiere zu sorgen.

5. Einen wichtigen Fall gesetzlicher Umwandlung enthält der § 2073. [1]) Danach ist eine Erbeinsetzung oder sonstige Zuwendung an eine Person in der Art, daß sie auf mehrere Personen paßt, aus einer alternativen in eine kumulative umzuwandeln. Grundsätzlich führt die Unbestimmtheit der Einsetzung Nichtigkeit herbei. So entschied denn auch das gemeine Recht auf Grund von Quellenstellen [2]) und das österreichische Recht. [3])

Der E. I hatte in § 1769 noch bestimmt, wenn mehrere Personen in der Weise eingesetzt seien, daß nur die eine oder die andere Erbe werden solle, sie zu Miterben eingesetzt seien. Diese Bestimmung wurde gestrichen [4]) und es besteht heute volle Freiheit. Doch muß man sich auch hier hüten, wegen Unbestimmbarkeit voreilig Nichtigkeit anzunehmen, vielmehr wird die Auslegung den Weg des § 1769 E. I oft beschreiten, oft auch den ersten Eingesetzten als Erben, den zweiten als Ersatzerben annehmen. Dagegen wird wohl die Deutung Paul Meyers, [5]) daß das Wort „oder" auch wohl als „oder vielmehr" anzusehen sei. und also der Erblasser sich auf diese Weise selbst berichtigt habe und nur der zweite Erbe sein solle, ein praktisch seltener Fall sein. Bei Vermächtnissen gibt das Gesetz in § 2152 andere dem Wesen des Vermächtnisses entsprechende Anweisungen für die Umwandlung desselben Falles.

6. Zweifelhaft kann sein, ob man noch gesetzliche Umwandlungsfälle in den Regeln zu erblicken hat, die weiterreichende erbrechtliche Verfügungen auf 30 Jahre beschränken. So sagt § 2044, die Beschränkung der Nach-

1) Strohal § 24 A 5 bezeichnet diesen § merkwürdigerweise ausdrücklich (nicht als Auslegungsregel, sondern) als ergänzende Bestimmung. Aber es tritt doch eine weitgehende Veränderung des Falles ein!
2) *lex* 4, *lex* 27 D *de reb. dub.* 34, 5; lex 63 D. *de hered. inst.* 28, 5; so auch noch R. G. bei Bolze 20 Nr. 651.
3) Vgl. Pfaff-Hofmann S. 116 Anm. 15 ff.
4) Ueber die Gründe Prot. V S. 24.
5) Paul Meyer § 32 Note 24. (Ausg. 1904) (Note 29 in Ausg. 1900).

laßteilung „wird unwirksam“ nach 30 Jahren, § 2109 Satz 1 bestimmt dasselbe für die Nacherbeinsetzung, § 2162 und 2163 für Vermächtnisse und § 2210 für die Nachlaßverwaltung durch den Testamentsvollstrecker.

Die Ansichten können verschieden sein darüber, ob man die Verfügung des Erblassers in Teile zerlegen kann und nun eine Teilaufrechterhaltung (entsprechend § 139) annehmen soll oder eine Umwandlung. Gegen diese kann man nicht etwa einwenden, es sei nie ein „anderes“ Geschäft da. Denn zwischen einer Vermögensbindung, die etwa einem Familienfideikommiß in der Wirkung gleichkäme und dem nach § 2044 oder 2109 verbleibenden kümmerlichen Rest besteht doch ein gewaltiger Unterschied. Weiter könnte man einwenden, diese Vorschriften hätten zwingenden Charakter, der einen strikte entgegenstehenden Willen garnicht beachte, und das stehe der Annahme einer Umwandlungssonderbestimmung entgegen. Aber dieser Zwang ist nur scheinbar. In Wirklichkeit entzieht eine Verfügung des Erblassers in dem Sinne: „sollte meine Anordnung nicht in der hier gegebenen Form wirken können, so verzichte ich ganz auf sie“ der gesamten Einsetzung den Boden, einerlei, ob sie ausdrücklich gegeben ist oder sich bei der Auslegung als Sinn der Einsetzung ergibt. Es handelt sich also wirklich um Umwandlungsfälle.

7. Gesetzliche Umwandlungsfälle ergeben sich auch bei Vermächtnissen und Auflagen. Auch hier stellt das Gesetz eine Reihe von Vorschriften auf, die sich grundsätzlich als Auslegungsregeln darstellen, die aber, wenn nicht nur eine *falsa demonstratio vorliegt*, zu Richtlinien für die Umwandlung werden können, gegebenenfalls in Verbindung mit § 140. Grundlage der Umwandlung bildet hier meist die Nichtigkeit infolge Unmöglichkeit der Leistung, z. B.: Es ist ein Gegenstand vermacht, der bereits im Eigentum des Bedachten steht. Dann kann möglicherweise das Vermächtnis auf Verschaffung des Besitzes beschränkt werden, wenn dieser dem Bedachten einen rechtlichen Vorteil bringt (§ 2169 Abs. 2). Oder es kann sich um ein Vermächtnis des Kaufpreises für die

noch unbezahlte Sache oder um das Erlassen der Schuld handeln, wenn der Erblasser selbst der Verkäufer war. [1])

Hat der Bedachte den vermachten Gegenstand oder einen anderen gleicher Gattung von einem Dritten bekommen, so ist für die Umwandlung zu unterscheiden, ob es sich nur um das Vermächtnis eines Gegenstandes aus dem Eigentum des Erblassers handelt oder um ein Verschaffungsvermächtnis, und weiter, ob die Absicht des Erblassers war, dem Bedachten gerade zum Besitz eines solchen Gegenstandes zu verhelfen, oder über sein Eigentum zu verfügen, oder auf jeden Fall dem Bedachten etwas zuzuwenden. Gleichgültig ist es dagegen grundsätzlich, ob es sich um eine Gattungs- oder Einzelsache handelt. Auch sehe ich nicht, wie Pusch [2]) einen ausschlaggebenden Gesichtspunkt darin, ob der Bedachte den Gegenstand entgeltlich oder unentgeltlich erworben hat. Pusch lehnt im letzten Fall (*concursus duarum causarum lucrativarum* sowie Vor-Erfüllung durch den Erblasser) grundsätzlich die Umwandlung ab, während es m. E. gerade hier vor allem darauf ankommt, scharf zu scheiden, ob dem Erblasser daran lag, dem Bedachten den Gegenstand (oder gar nur seinen eigenen) zuzuwenden oder überhaupt etwas.

Nach den nämlichen Gesichtspunkten ist auch die Umwandlungsmöglichkeit in dem Fall zu behandeln, daß der Erblasser selbst zu Lebzeiten über den vermachten Gegenstand anderweitig verfügt hat. Bei Schenkungen vor Testamentserrichtung wird für die Umwandlung meist kein Raum sein. [3]) Da die Ergebnisse nach obigen Gesichtspunkten m. E. sich klar ergeben und da andererseits doch immer wieder auf die Besonderheit des Einzelfalles verwiesen werden müßte, ist eine nähere Ausführung nicht am Platze.

Einen gesetzlichen Umwandlungsfall enthält § 2173. Das Vermächtnis einer Forderung wird in das des Gegenstandes der Forderung umgewandelt, wenn die Forderung erfüllt und der Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist. Vertretbare Sachen treten dabei ihrer Natur ent-

1) Vgl. Leonhards Beispiel, Erbrecht § 2169.
2) S. 71, 72.
3) Der eingehenden Behandlung bei Pusch S. 72 kann ich mich jedoch nicht ganz anschließen.

sprechend für einander ein. Geld, die „vertretbarste" Sache, braucht sogar nicht einmal in der Gattung vorhanden zu sein.

Sehr richtig weisen Leonhard [1]) und Kipp [2]) besonders darauf hin, daß Wertpapiere (Pfandbriefe, Schuldverschreibungen) nicht unter § 2173 fallen. Bei ihnen sieht der Verkehr nicht auf das darin verbriefte Forderungsrecht, sondern behandelt die Papiere selbst als Kapital, ebenso wie Aktien und Kuxe, die keine Forderungen, sondern Anteilsrechte verbriefen. Man müßte, wollte man die ersten (logisch richtig) als Forderungen behandeln, also zwischen schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Wertpapieren unterscheiden, ebenso müßte man dann aber auch Banknoten unter § 2173 fallen lassen, die doch vom Verkehr dem Währungsgeld gleichgesetzt werden und also als solche, nicht als Forderungsverbriefung gelten. — Das schließt natürlich nicht aus, daß Vermächtnisse von verkauften Wertpapieren nach allgemeinen Grundsätzen umgewandelt werden können.

Ein Beispiel doppelter Umwandlung nach § 2169 und § 2173 gibt Kleineidam.[3]) Der Erblasser hat einen Gegenstand vermacht, dieser ist untergegangen. Der daraus entsprungene Wertersatzanspruch ist vor dem Erbfall getilgt. Hier besteht ein Geldanspruch, ohne daß irgend etwas in dem Nachlaß noch an den Gegenstand erinnerte. Ist dagegen die Sache schon vor der Errichtung der letztwilligen Verfügung untergegangen, so ist nach den Zitierten j e d e Umwandlung ausgeschlossen. M. E. ist es richtig, hier zwar die gesetzliche Umwandlung aus § 2169 III (und dann aus § 2173) abzulehnen, aber deshalb ist doch noch Umwandlung nach allgemeinen Grundsätzen möglich, wenn sich nämlich ergibt, daß der Erblasser jedenfalls lieber den Wert als garnichts hat zuwenden wollen.

Dieselben Grundsätze, wie für diese gewöhnliche Unmöglichkeit, gelten auch in den Fällen, die vom Gesetz als Unmöglichkeit angesehen werden: § 2172 bei Verbindung, Vermischung usw. Umwandlungsfälle können hier

1) Leonhard § 2173 II D.
2) Kipp § 109 A. 3.
3) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen 1900 S. 64 u. 67 angeführt bei Pusch S. 77.

etwa darin liegen, daß anstatt mehrerer Einzelsachen jetzt die durch die Zusammenfügung oder Verarbeitung entstandene Sache geschuldet wird oder bei einer größeren Anzahl von derart neu hergestellten Sachen eine davon.

Wird nun vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung der frühere Zustand der Sache wieder hergestellt, so ist das Ergebnis verschieden. Bei Verarbeitung ist den Motiven [1]) darin Recht zu geben, daß „nur in seltenen Fällen mit Grund anzunehmen sein wird, die ursprüngliche Sache sei wieder hergestellt, fast immer wird eine neue Sache vorliegen, auch wenn die frühere Masse wieder hergestellt wird". Kommt man in diesem Fall zum Ergebnis, daß nach dem Sinn des Vermächtnisses und dem Erfolgswillen des Erblassers die neue Sache vermacht sei, so liegt ein Fall der Umwandlung vor. Anders bei Vermischung, Vermengung und Verbindung. Lassen sich hier die alten Gegenstände wieder herstellen, so wird man regelmäßig keinen Grund haben, von einer neuen Sache zu sprechen, vielmehr sind die alten Gegenstände wieder vorhanden, sie sind von den Zwischenstadien unberührt. [2])

8. Der Erblasser hat einem nicht rechtsfähigen Verein oder einem Sammelvermögen (§ 1914) etwas zugewendet. Nach dem Wortlaut von § 54 und § 718 (erschöpfende Aufzählung der Bestandteile des Gesellschaftsvermögens) ist diese Zuwendung nichtig, da beide Bildungen keine Rechtspersönlichkeit besitzen. Auch hier läßt sich aber der Zweck erreichen, wenn man die Verfügung als Zuwendung an die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft, an das verfügungsberechtigte „Kommitee" oder die Pfleger beim Sammelvermögen auffaßt. [3]) Liegt hier Umwandlung vor?

a) Nach h. M. kann die Zuwendung nicht unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen fallen, sondern sie wird (freies) Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, aber unter der Auflage, sie in die Gesellschaft einzubringen. Hier läge eine Umwandlung vor, denn das Ergebnis läßt

1) Mot. Bd. V S. 157.
2) Vgl. dazu die in sich widerspruchsvollen Aeußerungen Puschs S. 81.
3) Vgl. Paul Meyer § 13 a. E. Für schlechthin wirksam erklärt solche Zuwendungen Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 267, für die offene Handelsgesellschaft, obwohl er anerkennt, daß sie nicht juristische Person sei. Auf entgegengesetztem Standpunkt steht Joseph, Arch. f. b. R. Bd. 20 S. 228.

sich durch Auslegung oder Umdeutung nicht mehr erreichen.

b) Nach Strohal [1]) ist noch eine andere Umwandlungsmöglichkeit vorhanden: Man sieht die Sache überhaupt nicht als Zuwendung im technischen Sinne an, sondern als eine den Erben oder Vermächtnisnehmer belastende Auflage.

c) M. E. kann man sehr wohl Zuwendungen an die Mitglieder und unmittelbaren Eingang in das Gesellschaftsvermögen annehmen. Denn dieses ist nach heutigem Recht nicht Vermögen der als Einheit nicht bestehenden Gesellschaft, sondern Vermögen der Gesellschafter, rechtlich anerkanntes Sondervermögen der Gemeinschafter zu gesamter Hand, der Gesellschaft gewidmet („Gesellschafts-" ist *genitivus objectivus.* [2]) Da nun die einzelnen Gesellschafter gerade als Mitglieder der Gesamtheit eingesetzt sind und nur als solche, so ist es nur logisch und natürlich, daß die Zuwendung in der Einzelnen gemeinsames Sondervermögen fällt. Auch § 718 steht dem nicht entgegen. Denn will man eine solche Zuwendung nicht unter Absatz 1 rechnen (Beiträge der Gesellschafter und durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbene Gegenstände), so kann man vorgehen, daß man annimmt, daß zunächst das Forderungsrecht (bei Vermächtnissen) oder die dingliche Berechtigung (bei Erbeinsetzung) ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Recht sei (Absatz 2), auf Grund dessen die Gegenstände selbst vom Gesellschaftsvermögen erworben werden.

Im Leben wird jedenfalls stets sofort an das Gesellschaftsvermögen gezahlt werden, wie ja auch Schenkungen unter Lebenden sofort an das Gesellschaftsvermögen zu gehen pflegen. Und da soll das Recht nicht nachhinken und sagen: Eigentlich, an sich, geht das garnicht! und umständliche kostspielige Wege wählen, die dem unlauteren Verhalten Einzelner Tor und Tür öffnen. Ob man das Ergebnis in diesem Falle wie im anderen des Vereinsrechts auch vielleicht mit der Annahme eines Gewohnheitsrechtes begründen könnte, soll hier dahingestellt bleiben.

1) Strohal § 24 I Anm. 3a.
2) Siehe Leonhard, Lehrbuch S. 87.

Daß die von der h. M. angenommene Auflage für die Vereinsmitglieder, die Gegenstände in das Gesellschaftsvermögen einzubringen, nicht genügt, erkennt übrigens auch Strohal indirekt damit an, [1]) daß er über das Recht der Auflage hinausgehend den übrigen Gesellschaftern ein Forderungsrecht auf Verwendung zu Vereinszwecken zubilligt. Wie aber will er das begründen? M. E. gibt eben § 718 II dies Forderungsrecht dem Vereinsvorstand unmittelbar gegen den Erben. [2])

9. Im Wege der Umwandlung sind auch viele Bestimmungen aufrecht zu erhalten, in denen der Erblasser einem Dritten Einfluß auf seinen Letzten Willen gibt. (§ 2065). Die Bestimmung des BGB., daß Stellvertretung sowohl im Willen wie in der Erklärung ausgeschlossen sei, ist in der in den §§ 2064/65 gegebenen Schroffheit m. E. übertrieben. [3]) Es handelt sich hier nicht um die Geltung der Bestimmung, sondern um die Wirksamkeit, und die hängt stets schon außer vom Willen des Erblassers auch von dem des Bedachten ab! Es sind sehr wohl Fälle denkbar, wo eine Bestimmung durch den Erblasser nicht möglich oder nicht so gut möglich ist, und wo der Erblasser heute gezwungen ist, auf Umwegen das Ziel zu erreichen. Man denke nur daran, daß der Erblasser einem Nachkommen eines ausgewanderten Sohnes eine Zuwendung machen möchte, aber diesen nicht persönlich kennt, also in seines Sohnes Ermessen stellen möchte, ob der Enkel einer Zuwendung würdig ist. Oder: der Erblasser setzt Nacherben ein und möchte dies von der Würdigkeit abhängig machen. Doch kann er die noch unerwachsenen oder gar nicht geborenen Nacherben natürlich nicht selbst beurteilen usw.

Der Grundsatz des § 2065 wird vom BGB. selbst in wichtigen Fällen fallen gelassen (vgl. §§ 2153– 2156) und ist auch praktisch garnicht durchzuführen, selbst wenn man ihn billigte; denn ein geschickter Erblasser, der das BGB. kennt, wird seine Verfügung so zu fassen wissen, daß

1) Strohal § 24 I Anm. 3a.
2) So wie oben auch Enneccerus I § 109 Anm. 9; vgl. im einzelnen noch hierzu die einleuchtenden Ausführungen Leonhards Bem. III A zu § 1923 und ihm entgegentretend Kipp § 1 Note 27.
3) Dagegen Paul Meyer S. 172 Anm. 9 a. E.

er umgangen wird, insbesondere durch Aufstellung von Bedingungen. Nun kennt aber nicht jeder Testator diesen Paragraphen (der deshalb geradezu wie eine Falle des Gesetzes wirkt), und unbillig wäre es, ihn unter dieser Unkenntnis leiden zu lassen einer Anschauung zuliebe, der wir volle Berechtigung versagen. Das ist die innere Begründung für das Streben, im Wege der Umdeutung oder Umwandlung diesen Willen aufrecht zu erhalten. Die gesetzliche gibt uns § 2084, der zu möglichster Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügungen anhält.

Wie schon oben angedeutet, ist die Aufstellung von bestimmten Forderungen an den Bedachten, und zwar von wahren Bedingungen, die Form, in der der Erblasser zu seinem Ziele kommen kann, ohne das Gesetz zu verletzen. In eine derartige bedingte läßt sich sehr oft auch die nach § 2065 nichtige Verfügung umwandeln. Diese Form ist insofern günstig, als sie gerade für die Fälle angebracht erscheint, in denen eben die Hinzuziehung eines weiteren fremden Willens am Platze ist, während sie die Fälle, in denen wirklich die Anrufung eines anderen willkürlich und daher ethisch nicht gerechtfertigt erscheint, ausläßt. Ich sage w a h r e Bedingung deshalb, weil eine in das nackte Wollen eines Anderen gestellte Bedingung in Wirklichkeit hier keine Bedingung darstellt, und daher auf eine solche doch § 2065 anzuwenden ist. Wenn ein Dritter entscheiden soll, ob diese Bedingung erfüllt ist, so ist das nicht in das Belieben oder billige Ermessen gestellt, sondern es kann nur auf Tatsachen gestützt werden, wie jede richterliche Entscheidung. Stellt der Erblasser also z. B. als Bedingung einen tadellosen Lebenswandel auf und überläßt die Entscheidung einem Anderen, so hängt sie nicht von dessen Belieben ab, er ist vielmehr als Schiedsrichter eingesetzt und hat so dieselbe Stellung wie etwa der Nachlaßrichter, — eine Ersetzung, die das Gesetz sonst stets billigt und hier folgerichtig nicht abweisen kann. [1])

Klarer wird die Zulässigkeit dieses Weges, wenn man die Bestimmung des Erblassers in eine Endbedingung umwandeln kann. Dann tritt die testamentarische Verfügung

1) Vgl. Paul Meyer S. 172; Staudinger § 2065, 2; a. M. Endemann § 23 Anm. 15 c. Leonhard Bem. II b zu § 2065.

ohne Zuziehung des Dritten in Kraft und dieser bestimmt nicht ihre Geltung oder Nichtigkeit, sondern ihre Zeitdauer. Mancher Fall läßt sich schließlich in die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers umwandeln.

Man mache diesen Bildungen nicht den Vorwurf einer Gesetzesumgehung. Das sind sie ebensowenig und ebensoviel als die Sicherheitsübereignung oder die in den letzten Jahren häufigen außerordentlichen Rechtsformen, die aus Steuerersparnisgründen gewählt und sogar vom Reichsgericht gebilligt worden sind.

Erlaubt war die Willensbestimmung durch andere im kanonischen Recht [1]) und im sächsischen BGB. [2]) gänzlich, während das vernünftige Ermessen eines Andern sogar in den meisten Rechten anerkannt wurde. [3])

Zum Schluß noch ein Beispiel. Hat der Erblasser, der zwei noch junge oder ihm sonst in ihren Fähigkeiten unbekannte Neffen zu Nacherben eingesetzt hat, etwa geschrieben: der älteste Mann unserer Familie soll nach bestem Ermessen bestimmen, welcher von meinen Neffen das Landgut übernehmen, welcher das Kapital bekommen soll, so ist das vernünftigerweise dahin umzuwandeln, daß er seine beiden Neffen zu Erben einsetzt, und zwar demjenigen, der Lust und Fähigkeit zur Landwirtschaft zeigt, sein Gut, dem andern sein Barvermögen zuspricht. Zum Schiedsrichter oder auch zum Testamentsvollstrecker setzt er den Familienältesten ein. [4])

II. Möglich ist auch die Umwandlung einer ganzen Verfügung von Todeswegen in ihrem rechtlichen Charakter.

1. Hat der Erblasser ein amtliches Testament errichtet, indem er eine Schrift mit der Erklärung, daß sie seinen letzten Willen enthalte, übergab (§ 2238), und sind bei der Uebergabe die zwingenden Formen nicht erfüllt worden, so ist das Testament als öffentliches nichtig. Hat der Erblasser dabei aber die Formen des § 2231 II gewahrt, so kann die Urkunde als Privattestament wirken. Fischer [5])

1) Cap. 13 X de test. 3, 26.
2) § 2086.
3) Vgl. darüber Paul Meyer § 32 Anm. 9.
4) Ueber die Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel in Testamenten vergl. die eingehende Darstellung bei Pusch S. 23 ff.
5) Fischer S. 92.

hält diesen Fall nicht für Umwandlung. Ein Testament, sagt er, das eine der verschiedenen Formen erfülle, sei formgültig, einerlei, ob der Erblasser glaubte, eine andere Form, und zwar nur diese gewahrt zu haben. Er hält diesen Fall also für eine Aufrechterhaltung nach § 139. Sicherlich liegt keine Umwandlung vor, wenn der Erblasser vorsorglich, *„in omnem eventum"* die beiden Formen gewahrt hat oder ein Privattestament nachträglich in Verwahrung gibt (§ 2248). Es kann aber in solchem Fall auch der Rechtsformwillen beachtlich sein, sodaß die öffentliche Errichtungsform einen wesentlichen Teil des Rechtsgeschäfts bildet, die Wahrung der privaten nur zufällig geschah. Vergegenwärtigt man sich dazu, daß die öffentliche Form viel weitergehende Wirkungen hat, die einen oder sogar den Hauptgrund für ihre Wahl gebildet haben können (Erbschein!), so läßt sich die Annahme einer Umwandlung doch wohl verteidigen.

2. Nur noch geschichtlichen Wert hat die Betrachtung der Wandlung des Testaments in ein Codizill [1]) Ein formnichtiges Testament galt jedoch in Rom und im gemeinen Recht nur dann als Codizill, wenn ausdrücklich gesagt war, daß es gegebenenfalls als solches wirken soll (Codizillarklausel). Ein Umwandlungsfall im heutigen Sinne liegt also nicht vor. Fischer [2]) sieht den Grund für die Versagung der Umwandlung ohne Klausel darin, daß beim Codizill Intestaterbfolge eintritt und für römische Auffassung zwischen der Testat- und der Intestaterbfolge eine zwei Welten trennende Kluft liegt. Doch kannten auch die Römer hierbei als Ausnahmefälle schon wirkliche Umwandlungen: das sog. *„testamentum parentum inter liberos"* wird ohne Codizillarklausel aufrecht erhalten. [3]) Ein Beispiel echter Umwandlung eines Testaments im römischen Recht bildet auch die nach Ulpian [4]) (gegen Pomponius)

1) Quellen: *lex* 41 § 3 D. *de vulg. et pup. subst.* 28, 6; vgl. *lex* 29 § 1 D. *qui test. fac.* 28, 1.

2) Fischer S. 25 ff, besonders S. 28.

3) Vgl. c 26 C de fam. erc. 3, 26; Köppen S. 773 — Nur angeführt sei als weitere Ausnahme das *testamentum posterius imperfectum*. Da hier die Wirkung sehr umstritten ist, auch heute keine praktische Bedeutung mehr hat, genüge der Hinweis. Vgl. dazu Windscheid § 565 S. 104, von Vangerow § 460 II 1 gegen Mühlenbruch Bd. 38 S. 364 ff., gegen Köppen § 852 a, Brinz Bd. 3 § 377.

4) Ulpian Fr. 3 D. *de test. mil.* 29, 1.

mögliche Umwandlung eines formlosen als Ziviltestament gewollten Testamentes eines Soldaten in ein Soldatentestament.

3. Die Möglichkeit einer Umwandlung eines gemeinschaftlichen Testamentes, das in der Art gemacht war, daß eine Schwester es wie ein eigenhändiges geschrieben, die andere es nur mit-unterschrieben hatte, lehnt das Kammergericht [1]) ab. Die Umwandlung in zwei eigenhändige Testamente wird mit Recht abgelehnt, aber mit Unrecht auch die in ein Testament der Schwester, die es geschrieben hatte. Wenn das Kammergericht sagt, die Formnichtigkeit eines gemeinschaftlichen Testamentes bedeute, daß die beiden darin enthaltenen letztwilligen Verfügungen nichtig und es daher begrifflich unmöglich sei, sie als zwei selbständige Testamente aufrecht zu erhalten, weil die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene letztwillige Verfügung kein anderes Rechtsgeschäft darstelle als die in einem besonderen Testament getroffene, so leuchtet das keineswegs als ausreichende Begründung ein. Liegen die allgemeinen, äußeren Voraussetzungen für ein eigenhändiges Testament vor, so bildet es ein geeignetes Ziel der Umwandlung. Daß es wirklich ein anderes Geschäft ist, nicht etwa ein aufrecht erhaltener Teil, erhellt, wenn man bedenkt, daß in dem aufrecht erhaltenen Geschäft natürlich nur die Verfügungen dessen Platz haben können, als dessen Testament das Rechtsgeschäft aufrecht erhalten wird, und daß sie als Einzelverfügungen einen ganz anderen Charakter haben als vorher, wo sie mit Rücksicht auf eine Gegenleistung getroffen waren. Dieser Punkt ist auch vor allem bei der Würdigung des inneren Tatbestands für die Umwandlung zu berücksichtigen. Die gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen wird beim Einzelfall die Umwandlung doch manchmal im Endergebnis ausschließen. — Wenn das Kammergericht weiterhin den § 2268 anführt als ausschließliche Aufzählung der Fälle, „in denen ein gemeinschaftliches Testament trotz Nichtigkeit der Verfügung des einen Teils teilweise wirksam bleibe" und sagt, damit seien andere Fälle ausgeschlossen, so ist demgegenüber festzustellen, daß diese Bestimmungen doch nur die für

1) Jahrb. d. Entsch. d. K. G. Bd. 35 S. A 93 vgl. dazu Strohal § 43 S. 340 A 5.

gemeinschaftliche Testamente besonderen Vorschriften geben und keineswegs damit die allgemeinen Vorschriften ausschließen. Insbesondere finden sich weder in diesem noch in den anderen Paragraphen dieses Abschnitts Rechtssätze, die als Sonderbestimmungen gegenüber § 140 anzusehen wären. Schließlich könnten m. E. die Bestimmungen über gemeinschaftliche Testamente überhaupt nur herangezogen werden, wenn es sich hier um Ehegatten handelte. Da diese Voraussetzung aber nicht vorliegt, müssen wohl schon die allgemeinen Sätze eingreifen. Fischer, der in seiner Besprechung dieses Falls (Seite 87) dem K. G. zustimmt, meint, durch die Teilnahme einer zweiten Person an dem Akte nicht nur durch Unterschrift, sondern auch durch geschäftliche Erklärungen sei die für ein einseitiges Testament geforderte Form verletzt, und insofern entspreche das nichtige Geschäft nicht den Erfordernissen des Ersatzgeschäftes. Dieser Zweifel kann m. E. nicht zu einer grundsätzlichen Ablehnung führen, (so wichtig er auch für den Einzelfall werden kann). Denn sonst müßte man stets die Umwandlung eines zweiseitigen Geschäftes in ein einseitiges ablehnen, da alle zweiseitigen Geschäfte mit gegenseitigen Erklärungen durchsetzt sind (vgl. insbes. den Erbvertrag!) Die Formenstrenge des Testaments anzuführen ist ganz verfehlt. Denn hier handelt es sich um den Inhalt. Man soll die schon oft in Theorie und Praxis überspannten Formerfordernisse streng auf ihren Raum beschränken: ihnen ist mit der äußeren Abfassung durch die eine Partei genügt.

4. Allgemein anerkannt ist die Möglichkeit der Umwandlung eines Erbvertrags in ein Testament. Hauptbeispiel ist Nichtigkeit wegen jugendlichen Alters des Erblassers. Daneben kann auch Abwesenheit einer Vertragspartei beim Abschluß (vgl. § 2276) in Frage kommen oder der Fall, daß nur Verfügungen, die vertragsmäßig nicht getroffen werden können, in dem Erbvertrag enthalten sind. [1])

Hier liegt eine der Nichtigkeit gleichkommende Unwirksamkeit vor mangels jeden Punktes mit vertrags-

1) K. G. Jahrb. Bd. 28 S. 17.

mäßiger Wirkung. Daher ist Umwandlung nötig, die dann überflüssig ist, wenn neben vertragsmäßigen Verfügungen auch andere stehen. Diese wirken dann aus dem Erbvertrag heraus, wenn auch der anderen Partei gegenüber abgeschwächt. Sehr wichtig ist Cosacks [1]) Bemerkung, daß bei einem gegenseitigen Erbvertrag im Zweifel keine Umwandlung stattfinden dürfe, weil die Widerruflichkeit des Testamentes die unbedingte Gegenseitigkeit nicht versichere und daher nicht sicher sei, ob die Anordnungen als widerrufliche auch getroffen worden wären. Doch gilt das m. A. nach nur für Erbverträge unter anderen Personen als Ehegatten. Bei diesen ist ja Umwandlung des gegenseitigen Erbvertrags in ein gemeinschaftliches gegenseitiges Testament möglich. Hier greifen Cosacks Bedenken regelmäßig nicht Platz, da § 2270 I, 2271, 2272 dem gemeinschaftlichen Testament einen erbvertragsmäßigen Charakter verleihen. Ehegatten aber werden wohl meist von vornherein ein gemeinschaftliches Testament machen, ein Erbvertrag unter ihnen wird selten sein, (ausgenommen bei Verbindung mit einem Ehevertrag).

Eingehende Erwägungen über die Wechselseitigkeit der Verfügungen stellt das K. G.[2]) an in einem Fall, in dem es einen wegen Formmangels nichtigen Erbvertrag zwischen Eltern und Kind in ein gemeinschaftliches Testament der Eltern umwandelt, und zwar, weil sich ergibt, daß die Anordnungen der Eltern nicht in wechselseitiger Abhängigkeit von denen der Tochter getroffen werden sollten, sondern selbständiger Natur waren.

5. Eine Umwandlung einer Verfügung von Todeswegen in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wird kaum vorkommen. Möglich wäre sie nur beim ohnedies seltenen Erbvertrage, da das Testament vor dem Tode gar keine Wirkung hat.

Dagegen ist es umgekehrt sehr wohl möglich, ein als Rechtsgeschäft unter Lebenden gedachtes Geschäft in eine Verfügung von Todeswegen umzuwandeln. Eine Reichsgerichtsentscheidung [3]) gibt ein gutes Beispiel für eine

1) Cosack Bd. I S. 158 Fall III.
2) K. G. J. Bd. 31 S A 112.
3) R. G. in J. W 1910 S. 467.

Umwandlung aus dem Schuldrecht ins Erbrecht. Ein „Schuldschein" überschriebenes schenkungsweises Schuldanerkenntnis eines Mannes für seine Haushälterin war wegen mangels der Beurkundung nichtig, wurde aber als formgerechtes Privattestament aufrecht erhalten. Von einer Erreichung des Ziels durch einfache Auslegung, weil doch der gewollte Erfolg: Zuwendung eines rechtlichen Anspruchs auf die Summe unverändert erreicht werde, kann man in diesem Fall deshalb nicht reden, weil hier die Form keineswegs nebensächlich ist, sondern wie das R. G. näher darlegt, mit in den Erfolgswillen einbegriffen. Aus der ganz abwegigen, eigenartigen Form, die der Verstorbene gewählt hat, zeigt sich, daß er damit eine bestimmte Absicht verband, daß er also mit der Formveränderung in die Zuwendung eines Vermächtnisses nicht ohne weiteres einverstanden war. Dieses „Weitere" ist eben die Nichtigkeit der Zuwendung in der gewählten Form. Und in diesem Fall steht der Sinn des Rechtsgeschäfts der Umwandlung nicht entgegen: Er besagt, daß die Bedeutung der Form auch hier vor dem höchsten Ziel der Zuwendung eines Vermögensvorteils zurücktritt. Somit handelt es sich um eine wahre und um eine gerechtfertigte Umwandlung. [1])

V. Fälle der Umdeutung. § 16

1. Eine in Testamenten nicht gerade seltene Bestimmung lautet: „Wer mein Testament anficht, dem entziehe ich die Zuwendung" oder „den setze ich auf den Pflichtteil". Diese von Leonhard „Entziehungsklausel" genannte Verfügung kann, wie Leonhard eingehend ausführt, [2]) nur durch Umdeutung richtig verstanden werden.

Eine Anfechtung gibt es bei Testamenten nur wegen Irrtums und Zwangs und wegen Erbunwürdigkeit. Auf diese wäre also die Klausel dem Wortsinn nach zu beziehen. Nun dienen aber alle diese Anfechtungsgründe ersichtlich dazu, eine Verfügung des Erblassers, die unter gewöhnlichen Umständen nicht zustande gekommen wäre,

1) Vgl. auch die Bemerkungen Fischers auf S. 75.
2) Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 66 S. 91 ff.

zu Fall zu bringen und damit seinem wahren Willen zu dienen, wenn auch unvollkommen, — ein Beginnen, das nur im Sinne des richtig belehrten Erblassers liegen kann, und das mit der Entziehungsklausel eigenartig belohnt würde. Das Ergebnis dieser Wortauslegung wird denn auch, wie auch Leonhard [1]) sagt, durch überwiegende sachliche Gründe überwunden. Der Sinn der Bestimmung ist der: Der Erblasser will einen Jeden mit Entziehung des Erbteils oder doch Beschränkung auf den Pflichtteil bestrafen, der sich bemüht, irgendwie eine andere Gestaltung herbeizuführen als es im Willen des Erblassers gelegen ist. Er bezieht also die Anfechtung auf den „wirklichen Willen", nicht auf das vorliegende Testament, er gebraucht das Wort als Nichtjurist in dem weiteren Sinne des Verkehrs, nicht als engen Fachausdruck. Fälle, in denen die Klausel tatsächlich Anwendung finden soll und auch findet, sind die Nichtigkeitsklagen, etwa wegen Formfehler, Unsittlichkeit, Geisteskrankheit, Jugendlichkeit und, wie Leonhard mit Recht gegenüber der abweichenden Ansicht des OLG. Colmar [2]) betont, auch die Geltendmachung des Pflichtteilanspruchs. Die Entziehungsklausel stellt also nichts anderes dar als einen Sonderfall der kassatorischen Klausel (so L.). Die Zuwendung erfolgt bei dieser unter der Bedingung, daß der Bedachte sich nicht dem letzten Willen des Erblassers widersetzt. Bei ihr ist es heute wohl ziemlich klar, daß sie nicht eingreift, wenn der Bedachte nur den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen beabsichtigt. [3]) Daß allerdings diese Klausel auch da nicht Platz greife, wo jemand einen Formmangel des Testamentes geltend macht, [4]) leuchtet mir nicht ein. Allerdings könnte man sagen, hier müsse der Richter ja von amtswegen eingreifen. Das ist richtig, es genügt wohl ein bloßer Hinweis des Bedachten auf den Fehler noch nicht, der kann aus Rechtlichkeit geschehen sein oder aus der Erwägung heraus, daß der Fehler im Laufe der Zeit doch herauskommen kann. Aber das ist auch bei den

1) Leonhard S. 94.
2) Recht 1905 S. 619.
3) Vgl. schon Gruchot, Preuss. Erbrecht II, 73; Paul Meyer, Erbrecht § 35 Seite 216; über den Streit bei nicht gelungener Anfechtung im einzelnen Staudinger § 2074/75 I 7.
4) Leonhard S. 102.

anderen von Leonhard zugegebenen Fällen der Entziehungsklausel der Fall und begründet diese Ausnahme nicht. Stets ist nämlich festzuhalten, daß diese Klauseln nur da Platz greifen, wo der Bedachte die Nichtigkeit durchzudrücken versucht. Bei der Vernichtung wegen Formmangels wird dem wirklichen Willen des Erblassers meist keineswegs gedient, sondern ihm entgegen gehandelt. Ein sehr seltener Fall wird es wohl sein, daß der Formmangel überwiegende Zweifel an der Echtheit des letzten Willens begründet. Nur für diesen Ausnahmefall mag auch hier der Fall der Klausel nicht gegeben sein.

2. Es ist der Satz aufgestellt worden, [1]) wenn der Erblasser infolge Rechtsirrtums irgend etwas bestimmt habe, so könne in die letztwillige Verfügung nicht das hineingelegt werden, was der Erblasser vermutlich bestimmt haben würde, wenn er den Inhalt des Gesetzes gekannt hätte, m. a. W. es sei dann keine Umdeutung möglich. Man muß m. E. mit der Aufstellung derartiger allgemeiner Sätze sehr vorsichtig sein, weil in der Praxis die Fälle der *falsa demonstratio,* des Irrtums im Geschäft und des Irrtums im Beweggrunde oft sehr schwer auseinandergehalten werden können. Besonders verhängnisvoll kann ein solcher Satz wirken, wenn man noch die Auslegung auf das Testament selbst beschränkt.

Hat ein Erblasser in einem Brief erwähnt, er wolle seiner Ehefrau nichts zukommen lassen, habe auch demgemäß verfügt, spricht aber das Testament von einer Enterbung der „gesetzlichen Erben", so fällt trotz dieses Rechtsirrtums die Ehefrau aus. Umgekehrt erbt ein Neffe, der nicht gesetzlicher Erbe ist, aber beweisen kann, daß er nach der Ansicht des Erblassers ein solcher war und von jenem auch bedacht werden sollte; oder am deutlichsten: Der Erblasser hat kurz verfügt: „gesetzliche Erbfolge" und in begründender und verteidigender weiterer Ausführung dargelegt, warum er seiner Ehefrau nichts zukommen lassen wolle.

Viel zu eng scheint mir eine Entscheidung des Kammergerichts gefaßt zu sein. [2]) Der Erblasser hat die ehelichen

1) Bayr. Oberstes Landesgericht N. F. Bd. V S. 173.
2) K. G. in OLGE. Bd. VI S. 332.

Nachkommen eingesetzt in der Annahme, sie seien die alleinigen gesetzlichen Erben, dazu gehöre die Ehefrau nicht, hat sich aber dabei ausdrücklich auf § 2338 berufen. Hier sagt das Kamergericht: „Die Feststellung eines solchen Irrtums kann nicht dazu führen, die vorliegende Willenserklärung zu ändern"! In allen diesen Fällen würde die Anfechtung dem Richter, der dem Willen des Erblassers zu dienen bestrebt ist, garnicht zum Ziel verhelfen, vielmehr oft gerade das Gegenteil erreichen. Mittels umdeutender Auslegung dagegen gelangen wir zu befriedigenden Ergebnissen.

Diese Beispiele bilden übrigens auch gute Belege dafür, daß selbst ein logisch klarer Wortlaut die Auslegung nicht ausschließt. Hier kann die Auslegung gerade die Klarheit als nur scheinbar entlarven.

3. Eines ist bei jeder Umdeutung festzuhalten: Das Ziel, der wirkliche Sinn des Letzten Willens muß natürlich hinreichend feststehen. Zu unbestimmten Vermutungen hin kann nicht umgedeutet werden. So ist, wenn auch mit dieser (ganz anderen) Begründung, einer Reichsgerichtsentscheidung [1]) zuzustimmen, wo die Klage der übrigen nahen Verwandten gegen die zwei einzigen testamentarisch eingesetzten gesetzlichen Erben abgewiesen wird, trotzdem der Erblasser geschrieben hat, er könne die gesetzlichen Erben augenblicklich nicht alle mit Namen aufführen, und dadurch zu erkennen gegeben hat, daß er noch weitere bedacht wissen wollte. Hier ist keinerlei Anhaltspunkt gegeben, wieviele seiner Verwandten der Erblasser als Bedachte angesehen hat. Eine Umdeutung ist also nicht möglich. Man vergleiche dagegen die gelungene Umdeutung einer anderen R. G. E., [2]) in der die Berufung eines Bruders in die von Bruder und Brudersabkömmlingen umgedeutet wird, und zwar auf Grund von außerhalb des Testamentes liegenden Umständen.

4. Wie verschieden der Wirkungsbereich der Umdeutung sein kann, wie er von bloßer Ausdrucksberichtigung bis hart an die Grenze der Umwandlung reicht,

1) Bolze, Bd. 15 Nr. 482.
2) R. G. E. in Recht 1913 Nr. 699.

mögen zwei Beispiele zeigen, die sich an den § 2087 anschließen. Sagt ein Erblasser: „Meine Pfeifensammlung soll Max erben, das übrige Vermögen vermache ich Fritz", so ist die Umdeutung von „erben" und „vermache" kurz und schmerzlos. Weiter und schwieriger ist sie im zweiten Fall: Der Erblasser spricht von allen Bedachten stets als von „meinen Erben" auch bei reinen Vermächtnisnehmern und legt zum Schluß „meinen Erben" besonders aufs Herz, doch ja alle Nachlaß-Schulden zu bezahlen und für ein anständiges Leichenbegängnis zu sorgen. Hier trifft diese letzte Verpflichtung trotz entgegenstehenden Wortlauts nur die wirklichen Erben, nicht die Köchin hinsichtlich der vermachten Küchengeräte, das Museum hinsichtlich der vermachten Gemälde. Und auch hier handelt es sich um reine Umdeutung.

5. Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, daß in einer positiven Bestimmung sehr oft auch eine negative steckt, die keineswegs übersehen werden darf. So hat der Erblasser z. B. anstelle seiner Frau und seiner Kinder ohne nähere Begründung oder Enterbung seinen alten bedürftigen Freund Max zum Erben eingesetzt. Max, wohlhabend geworden, schlägt aus. Sollen jetzt Frau und Kinder erben? Es wird bewiesen, daß sie mit dem Erblasser in ärgstem Unfrieden lebten und dieser geäußert hat, er würde lieber seinen schlimmsten Feinden etwas gönnen als ihnen. Hier ist in der letztwilligen Verfügung, die ja als solche gültig ist, wenn auch unwirksam, die Enterbung dieser nächsten gesetzlichen Erben ausgesprochen. Somit treten die nach ihnen nächstberechtigten gesetzlichen Erben ein — vorausgesetzt natürlich, daß die zur Begründung herangezogenen außerhalb des Testaments liegenden Umstände zweifelsfrei und schwerwiegend genug sind.

6. Ist einer letztwilligen Verfügung eine unsittliche oder unerlaubte Bedingung beigefügt, so ist es zunächst Aufgabe der Auslegung, festzustellen, ob es sich um eine wirkliche Bedingung handelt.

a) Die scheinbare Bedingung kann sich bei der Auslegung als Auflage erweisen. Dann greift § 2195 ein,

wonach die Unwirksamkeit einer Auflage die Leistung selbst nicht berührt. (Aufrechterhaltung, Sonderbestimmung neben § 2085).

b) Es kann sich um einen Wunsch des Erblassers handeln, von dem die Zuwendung nicht abhängig ist, der überhaupt keine Rechtsbestimmung darstellt. Er greift infolgedessen auch die Verfügung, die er begleitet, nicht an. Die Unterscheidung kann oft schwer sein, besonders wenn der Erblasser einen zwar unbestimmten, aber scharfen Ausdruck gewählt hat. Nach § 2084, 2085 sind Zweifel stets nach der Seite des Wunsches oder der Auflage hin zu lösen.

c) Richtig ist auch, was Pusch S. 63 ausführt, daß in einer derartigen Bestimmung mitunter nicht eine Bedingung, sondern eine Befristung zu sehen ist, (z. B. „wenn er heiratet" = „bis zu seiner Heirat"). Doch kann ich ihm darin nicht Recht geben, daß eine solche Befristung s t e t s gültig sei, denn eine derartige Bestimmung ist doch, da sie dieselben psychologischen Wirkungen erzielt, wie eine Bedingung nur eine mildere Form desselben Gedankens; sie kann unsittlich wirken und ist dann der Bedingung gleichzuachten.

Hat die Auslegung das Vorliegen von Bedingung oder Befristung bejaht, so hat sie zu untersuchen, ob diese unsittlich oder unerlaubt [1]) sind. Die Ansichten darüber, was als unsittlich anzusehen ist, wechseln naturgemäß mit den veränderten Anschauungen der Völker, sie sind auch verschieden innerhalb der Klassen eines Volkes wie in verschiedenen Zeiten. Ein Beispiel für den zeitlichen Wechsel bietet die sog. kaptatorische Verfügung, die die Römer als nicht aus *benevolentia* hervorgegangen für unsittlich erklärten, während sie heute unbestrittene Gültigkeit hat. [2]) Wie schnell ein solcher Umschwung u. U. vor sich gehen kann, haben uns die letzten Jahre auf so manchem Gebiete gezeigt. Fraglich könnte da sein, welcher Zeitpunkt maßgebend ist, der der Errichtung des Testamentes oder der

1) Dafür , daß Unsittlichkeit und Unerlaubtheit gleich zu behandeln sind, auch Leonhard § 2074 I D., Strohal I § 26 I 7.
2) Paul Meyer, S. 214; Leonhard § 5074 Anm. I C.

des Erbfalls oder der des Inkrafttretens der Verfügung (dazwischen können Jahrzehnte liegen). M. E. kommt allein der letzte Zeitunkt als maßgebend in Frage, der des Inkrafttretens der Verfügung. Denn der Erblasser soll ja nicht mit der Nichtigkeitserklärung für seine Gesinnung bestraft werden, sondern es ist allein die Wirkung auf das Leben maßgebend, und die *regula Catoniana* gilt im heutigen Recht überhaupt nicht mehr. [1])

Die unsittliche Bedingung braucht keineswegs stets ein unsittliches oder unerlaubtes Verhalten vorzuschreiben. Die Hauptfälle werden vielmehr die sein, wo ein Druck, ein Zwang da ausgeübt wird, wo nach geltenden Sittengesetzen freie Willensbestimmung herrschen soll. Das freie Ausschlagungsrecht schließt nun zwar einen wirklichen Rechtszwang von vornherein aus, aber es bleibt die Verheißung eines materiellen Vorteils und diese wirkt oft schärfer als wirkliche Gewalt.

Etwas weit geht hier allerdings anscheinend Paul Meyer. [2]) der sagt, auch wenn der Erblasser nachweislich den Willen nicht hatte, einen Druck auszuüben, so ändere das doch an der tatsächlichen Einwirkung durch die Bestimmung nichts. Gewiß, *„semper aliquit haeret"*, aber dann müßte man folgerichtig auch den bloßen beigefügten Wunsch, ja auch den nur mündlich geäußerten als eine Tatsache ansehen, die die Verfügung zu einer unsittlichen macht, und das geht doch nicht.

Als unsittliche Bedingungen sind etwa anzusehen: die Heirat überhaupt oder gar einer bestimmten Person, die Verpflichtung zu bestimmter politischer Tätigkeit, seinen Glauben zu wechseln oder auch ihn beizubehalten. [3]) Geistlicher zu werden oder überhaupt ein Zwang zu bestimmtem Beruf. [4])

Doch ist auch eine allgemeine Verdammung dieser Bedingungen nicht am Platz. Der vom Erblasser damit verfolgte Zweck kann vielmehr anerkennenswert sein und

1) Darüber Strohal § 30 II,
2) Paul Meyer § 35 Note 73.
3) Leonhard § 2074 A I C; Kretschmar S. 144.
4) Seuff. Arch. Bd. 50 Nr. 97. Staudinger § 2075 I 4.

es kann die Eigenart des Gegenstandes sehr wohl eine sonst unsittliche Bedingung rechtfertigen (Interessenkonflikt). Eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthält ja schließlich jede, auch die harmloseste Bedingung. Wer wollte es verübeln, wenn die Vererbung einer Fabrik, eines Landgutes davon abhängig gemacht wird, daß der Erbe selbst die Verwaltung übernehme, daß er ein altes Familiengut nicht ohne Not veräußere, daß derjenige Sohn es bekommen solle, der sich verheirate und also dafür sorge, daß es Familiengut bleibe usw. [1])

Wie steht es, wenn die unsittliche Bedingung in Wirklichkeit schon erfüllt ist? Diese Erfüllung braucht selbst nicht unsittlich zu sein, ist es sogar wie erwähnt, meistens nicht, wenn sie unbeeinflußt durch den verwerflichen Zwang vorgenommen ist. Ist das der Fall, so ist damit die Bedingung gegenstandslos geworden (nicht etwa erfüllt) und die Verfügung somit ohne Bedingung gültig. Z. B. Der Erblasser hat bestimmt: wenn X heiratet, soll er mein Erbe werden. X ist beim Erbfall verheiratet, er wird Erbe. Nicht so klar ist die Entscheidung dann, wenn X bei Testamentseröffnung erklärt, er werde heiraten. Hier ist zu unterscheiden, ob dieser Entschluß durch die Zuwendung hervorgerufen ist oder nicht. Das wird der Heiratskandidat durch nähere Angaben leicht beweisen können. Darf nun der Richter auf die bloße Erklärung hin, daß er willens sei, zu erfüllen, die Bedingung als gegenstandslos wegfallen lassen (muß also der zur Nichtigkeitsklage Berechtigte erst im Prozeß die Nichtigkeit der ganzen Verfügung behaupten und beweisen), oder hat der Richter vor der Erteilung des Erbscheins den Beweis von X zu verlangen, daß sein Verhalten nicht durch die unsittliche Bedingung hervorgerufen sei? Dies ist m. E. richtig, denn der Richter hat ohne Kenntnis der näheren Umstände nach der allgemeinen Lebenserfahrung anzunehmen, daß die in Aussicht gestellte Geldsumme den Grund bilde. Die Verfügung des Erblassers ist, so wie sie dasteht, grundsätzlich nichtig. Behauptet nun X, daß die Voraussetzung der Bedingung fehle, so hat er die Gründe zu beweisen. Die Entscheidung ist in diesem Falle die-

1) Vgl. dazu noch Kulp S. 68 ff.

selbe wie in jenem anderen, in dem der Erblasser eine Zuwendung gemacht hat, bei der sich aus dem Testament selbst oder aus anderen Umständen ergibt, daß sie zur Belohnung für unsittliches Verhalten gegeben sei und wo nun diese Unsittlichkeit bestritten wird. [1])

Kommt die Auslegung zu keinem befriedigenden Ergebnis, so sind grundsätzlich sämtliche von der Bedingung abhängige Verfügungen des Testaments nichtig, nicht etwa ist, wie in Rom, nur die Bedingung nichtig und daher wegfallend. [2])

Unter Umständen läßt sich jedoch die Verfügung zerlegen in eine Teilverfügung, auf die sich die Unsittlichkeit beschränkt und in eine erlaubte, die dann aufrecht zu erhalten ist. Ob bei enger Verknüpfung zweier Verfügungen, von denen eine unsittlich ist, die andere gültig bleibt, hängt davon ab, ob die Unsittlichkeit der einen die andere berührt oder ob diese einwandfrei ist. [3]) (Es ist dasselbe Verhältnis wie zwischen einem nichtigen obligatorischen Geschäft und dem auf ihm aufgebauten abstrakten Geschäft). Nach § 2085 und dem Prinzip des § 2084 wirkt die Nichtigkeit grundsätzlich nicht über ihren Herd hinaus.

Bei unmöglichen Bedingungen in letztwilligen Verfügungen fand im römischen und gemeinen Recht dieselbe Behandlung statt wie bei unsittlichem: Sie galten als nicht zugefügt. [4]) Von dieser unbegründeten Ausnahme von der gewöhnlichen Behandlung unmöglicher Bedingungen ist das BGB. wenigstens bei unmöglichen Anfangsbedingungen abgewichen, die Verfügung ist völlig nichtig, während die unmögliche Endbedingung keine Wirkung ausübt: Sie wird nie eintreten, beeinflußt also das Rechtsgeschäft nicht. Richtig ist die Bemerkung Puschs, [5]) daß man nicht sagen kann, die auflösende Bedingung gelte als gestrichen, denn sie ist nur einflußlos und wird wirksam, sobald die Unmöglichkeit etwa behoben wird.

Schließlich sind noch die offenbar unsinnigen, zwecklosen oder schrullenhaften Beding-

1) Beispiele bei Pusch S. 49 ff.
2) *lex* 9 D. 28, 7; *lex* 20 D. 35, 1.
3) Vgl. Strohal I § 25 I 7 u. Anm. 12 dazu,
4) *lex* 3, *lex* 6 § 1 D. *de cond. et dem.* 35. 1; § 10 I *de hered. inst.* 2, 14, *lex 20 pr.* D. 28, 7.
5) Pusch S. 61,

ungen zu erwähnen. [1]) Sie werden wohl meist unter die unsittlichen fallen, insofern, als sie eine den geltenden Anschauungen über das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen nicht entsprechende Bindung enthalten (z. B. falls meine Nichte niemals einen Bubikopf trägt; unter der Bedingung, daß er niemals Auto fährt; ich verlange, daß sie stets schwarz gekleidet geht usw.) Daneben bleiben solche Bedingungen übrig, die für das wirtschaftliche oder moralische Leben, für die Freiheit des Einzelnen von minderer oder keiner Bedeutung sind. Diese Bedingungen sind m. E. allein für nichtig zu erklären, die Verfügung aber im übrigen aufrecht zu erhalten. Meist werden nämlich derartige Sätze keineswegs als *conditio sine qua non* aufgestellt. Der Erblasser würde auch, vernünftig belehrt über den Charakter seiner Bedingung, diese nicht hinzugefügt haben. [2])

In allen diesen Fällen sind natürlich keine scharfen Grenzen zu ziehen, die Auslegung muß schließlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Richters im Einzelfalle überlassen werden. Als mildernder und erleichternder Umstand („korrigierendes Moment") kommt stets das freie Annahme- und Ausschlagungsrecht des Bedachten in Frage. Das feine Taktgefühl dessen, der dem Einzelfall am nächsten steht, wird immer die beste Richtschnur für die richtige Gestaltung sein.

VI. Die Umdeutung des Nießbrauchsvermächtnisses.

§ 17

Das Nießbrauchsvermächtnis ist eine der häufigsten Testamentsbestimmungen. Es entspringt dem berechtigten Wunsch, eine Person, die dem Erblasser persönlich nahesteht, bis zu ihrem Tode versorgt zu sehen, endgültig aber den Vermögensstamm nicht den Verwandten des Bedachten oder gar dem Fremden, den dieser einsetzen könnte, zukommen zu lassen, sondern einer Person, die dem Erblasser ebenfalls am Herzen liegt. Daneben kann auch der

1) Darüber Prot. V 243, Endemann § 97 IVe.
2) Für Gültigkeit von derartigen lächerlichen oder unsinnigen Auflagen Kulp S. 100.

Fall, daß der wirkliche Bedachte beim Erbfall noch nicht eintreten kann oder soll, der Grund sein; dann ist die erste Person mehr oder weniger Mittel zum Zweck. Erstberechtigte werden meist sein: der Ehegatte, die Eltern, die Geschwister des Erblassers, Zweitberechtigte die Kinder, sonstige Verwandte jüngerer Generationen oder schließlich gemeinnützige oder andere dem Erblasser besonders nahe liegende Zwecke. Der Regelfall ist das Nießbrauchsvermächtnis an den Ehegatten mit Erbeinsetzung der Nachkommen. Er soll also im folgenden auch vor allem berücksichtigt werden.

Gerade den überlebenden Ehegatten möchte derjenige Gatte, der in der Hauptsache über das Vermögen zu verfügen hat, seinen Tod nicht auch noch in wirtschaftlicher Beziehung fühlen lassen, er soll vielmehr möglichst in derselben Weise weiterleben können wie vor dem Erbfall, und zwar entweder bis zum Tode oder bis zur Wiederverheiratung. Diesem berechtigten Verlangen entspricht aber das heutige gesetzliche Erbrecht des Ehegatten (§ 1931) in keiner Weise. Bei größeren Kapitalvermögen mag es noch angängig sein, den Ehegatten neben den Kindern den vierten Teil, neben Verwandten zweiter Ordnung die Hälfte gewissermaßen als Abfindung zu geben, obwohl auch hier die Zerreißung des Vermögens in persönlicher wie volkswirtschaftlicher Beziehung nicht immer zu begrüßen ist. Ist aber das Vermögen kleiner oder gar zweckgebunden (Geschäft, Landgut usw.), so kann die gesetzliche Erbfolge wirtschaftlich nicht nur unpassend und unbefriedigend, sondern geradezu verhängnisvoll werden. Sie wird deshalb auch von der Wissenschaft zum Teil ziemlich scharf bekämpft, [1]) und es ist zu hoffen, daß an ihre Stelle einmal die Nacherbschaft oder ein sonstiges verwandtes Gebilde tritt, [2]) womit dann das erreicht wird, was der Erblasser heute mit seinem Nießbrauchsvermächtnis erreichen will.

Daß das Nießbrauchsvermächtnis selbst nicht als allgemeine gesetzliche Bestimmung zu begrüßen ist, ja daß

1) Vgl. Schweizer ZGB. § 462 wonach dem Ehegatten neben Kindern die Wahl zwischen dem Eigentum an einem Viertel oder dem Nießbrauch an der Hälfte der Erbschaft zusteht.

2) Z. B. Leonhard § 1931 I.

dem Erblasser mit dem Ausdruck Nießbrauchsvermächtnis in den meisten Fällen ein falscher Ausdruck unterlaufen ist, der das Ziel nicht erreicht und also der Umdeutung bedarf, möchte ich etwas näher betrachten.

I. „Ich vermache den Nießbrauch" schreibt der Erblasser. Dabei kommt ihm oft garnicht zum Bewußtsein, daß er einen engen juristischen Fachausdruck gebraucht. Ergibt sich diese Unsicherheit aus dem Letzten Willen, so ist der Sinn des Ausdrucks stets erst durch die Kontrolle der Auslegung zu prüfen. Der im Leben gebrauchte Ausdruck ist für den Richter nie bindend. Hier besteht also gar kein Zweifel an der Umdeutungsmöglichkeit.

Möglich ist aber auch, daß der Erblasser mit Absicht einen juristischen Fachausdruck verwandt hat. Gerade der Wichtigkeit und Formenstrenge halber kommt das in Testamenten häufig vor. Auch das bildet keine Fessel für die Umdeutung. Denn selbst unter der Herrschaft des BGB. noch ist die allgemeine Rechtskenntnis erstaunlich gering, das tritt, wie die tägliche Erfahrung lehrt, bei der Testamentserrichtung als einer förmlichen — sozusagen weihevollen — Handlung besonders hervor, denn in den Rechtshandlungen des täglichen Lebens tut das Rechtsgefühl meist die ausgleichende Wirkung. So ist hier besonders zu prüfen, ob der Ausdruck nicht etwa halb verstanden ist, ob er insbesondere im Sinne des geltenden Rechts gebraucht ist. Auch heute sind nämlich Begriffe des früheren Rechtes noch lebendig. Deren Verwendung gibt zu Umdeutungen Anlaß, wenn sie im heutigen Recht garnicht mehr oder nur mit verändertem Inhalt vorhanden sind. Und eine solche Veränderung hat auch das N. V. erfahren, ein Umstand, der umsomehr Berücksichtigung verlangt, je konservativer und je rechtsunkundiger der Erblasser war.

Betrachten wir die hauptsächlichsten Bildungen des früheren Rechtes, von denen wir annehmen können, daß sie dem Erblasser vorgeschwebt haben, so tritt uns überall eine viel freiere Ausbildung des N. V. entgegen als das BGB. sie bietet, — teils aus der Richtung des Nießbrauchs, teils aus der des Vermächtnisses herrührend.

a) Eine sehr freie Stellung hatte der Nießbraucher nach dem gewohnheitsrechtlich gebildeten deutschrechtlichen Nießbrauch, sodaß Kohler, der diesen Nießbrauch als erster eingehend behandelt hat, [1]) mit Recht von einem „Dispositionsnießbrauch" spricht. Dieser Nießbrauch gibt dem Berechtigten neben dem Nutzungsrecht noch ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Sache („Administrationsrecht mit Surrogationsprinzip" und „Distraktionsrecht"). Der Nießbraucher konnte also persönlich über die Sache unter Lebenden verfügen, jedoch bestand kein Zugriffsrecht der Gläubiger. Dieser Nießbrauch kommt einem zeitlich beschränkten Eigentum nahe und entspricht etwa der heutigen Stellung des Vorerben. Zu kräftiger dauernder Ausbildung gelangte er aber nicht, weil die Pandektisten diese deutsche Bildung in die gänzlich unpassende Zwangsjacke ihres romanischen Systems pressen zu müssen glaubten, statt sie in Freude über die schaffende Kraft heimischen Rechtslebens so aufzunehmen und fortzubilden. Sie „konstruierten ihn" als Universalfideikommis [2]) oder lösten ihn auf in gemeinrechtlichen Nießbrauch und besondere Nebenrechte. [3])

b) Nach ALR. § 466 I 12 fanden auf das Rechtsverhältnis zwischen Fiduziar und Fideikommissar die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung. [4]) Infolge des durch diese Bestimmung gegebenen Zusammenhangs hielt die herrschende Lehre den Nießbrauch an einer Erbschaft für eine fiduziarische Erbeinsetzung, besonders bei Ehegatten. [5])

c) Im römischen und gemeinen Recht hatte zwar der Nießbraucher nur die beschränkten Rechte, wie sie das BGB. im wesentlichen aufgenommen hat. [6]) Aber hier war die Stellung des Vermächtnisnehmers viel freier, weil nämlich dem legatum grundsätzlich — wie auch im ALR. § 288 I 12 — dingliche Wirkung innewohnte, nicht wie im BGB. nur forderungsrechtliche. Ebenso wie heute die Erbschaft, fiel damals auch das Vermächtnis mit dem

1) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 187.
2) Mühlenbruch in Glücks Pandekten Bd. 40 S. 185.
3) Erdmann, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 94 S. 288.
4) Vgl. Dernburg, Lehrb. d. Pr. Privatrechts III. Auflage S. 464.
5) Vgl. Löwenstern S. 4 und K. G. Jahrb. Bd. 30 S. A 94.
6) Erdmann a. a. O.

Tode des Erblassers an *(dies cedens legati vel fideicommissi)*. Zum endgültigen Erwerb gehörte nur die Annahme der Erbschaft durch den Erben *(dies veniens)*. [1] Weder eine Annahmeerklärung noch eine Annahmehandlung war nötig, sogar die Lehre der Prokulianer, von denen positiver Annahmewille gefordert wurde, ist von Justinian nicht anerkannt worden. [2] Doch war selbstverständlich Ablehnung, *repudiatio* möglich. Das dingliche Recht, das dem Vermächtnis neben dem ständigen Forderungsrecht innewohnte, lag nur dann nicht vor, [3] wenn es durch ausdrückliche Erklärung des Erblassers ausgeschlossen war und wenn es sich nicht um eine eigene Sache des Erblassers handelte.

Die Stellung des N. V.-Nehmers war also in jedem Fall vor 1900 viel selbständiger als heute. Denn nach dem BGB. hat der Vermächtnisnehmer nur einen obligatorischen Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs, (§ 2174) und ist er bestellt, so hat der Nießbraucher keinerlei Verwaltungsrecht weiter als zur Ziehung der Früchte unbedingt erforderlich ist. [4] Tatsächliche Verfügungen darf er nur in sehr engen Grenzen treffen (§§ 1037, 1043, 1048). Notwendige Erweiterungen zeigen die Befugnisse des Nießbrauchers bei verbrauchbaren Sachen und bei Rechten (§§ 1067, 1074).

Nun vergegenwärtigen wir uns dazu, daß das N. V. wie schon für das ALR. anerkannt, in ein Universalfideikommiß umgedeutet oder (bei Nichtigkeit des Testaments und Aufrechterhaltung der Verfügung als Codizill) umgewandelt werden konnte. Das Fideikommiß stellt aber eine bedeutende Erweiterung der Befugnisse des Erstberechtigten dar. Er wird zum Vollerben *(fiduciarius)*, der durch das Vermächtnis der Herausgabe der Erbschaft (ganz oder zum Teil) an *den fideicommissarius* beschwert ist. Die Herausgabepflicht des Erstberechtigten ist sogar nach Windscheid [5] nicht dinglicher, sondern nur obligatorischer Natur. Das Verhältnis der beiden Bedachten

1) Vgl. hierzu Windscheid § 642 Anm. 5.
2) Vgl. Czyhlarz § 153.
3) Windscheid § 646.
4) Vgl. Löwenstern § 5a A. u. S. 19.
5) Windscheid § 665 Anm. 1.

wird also geradezu umgedreht: Der zum Erben Eingesetzte wird zum Vermächtnisnehmer; wenn er auch nach Herausgabe der Erbschaft beinahe völlig als Erbe behandelt wird, vorher ist doch seine Stellung reichlich unsicher.

Diese Umdeutung ging also über ihr Ziel hinaus. Das Ergebnis entfernte sich wieder vom Sinn der Verfügung nach der anderen Seite hin. Die Bildung war bedingt durch den festeingewurzelten römischen Grundsatz *„semel heres, semper heres"*. Die Erklärung [1]) für dessen starres Festhalten liegt wohl darin, daß man ursprünglich die Erbfolge als Adoption auffaßte und auch später noch unter dem Banne dieses Gedankens stand, das Bedürfnis nach mehreren aufeinanderfolgenden Erbeinsetzungen aber mit der den Römern eigenen Geschicklichkeit mit dem dinglichen Nießbrauchsvermächtnis einerseits und dem Erbschaftsvermächtnis andererseits zu befriedigen wußte.

Erst das BGB. führte im zweiten Entwurf die Teilung der Erbfolge in Vor- und Nacherbschaft in der heutigen Gestaltung ein. Diese nimmt in neueren Testamenten einen immer weiteren Raum ein und ist auch ein dankbares Ziel der Umdeutung. Das begünstigt das Gesetz selbst in den §§ 2101 bis 2106, die die Nacherbschaft geradezu als Lieblingsbildung des Gesetzes erscheinen lassen. Vom Gesetze [2]) wird das Erbschaftsvermächtnis durch § 2103 in Nacherbschaft umgedeutet, und auch die in Testamenten noch vorhandenen N. V. sind zum Teil zweckmäßiger Weise in Nacherbeinsetzungen umzudeuten. Denn nicht nur verbindet einerseits der Erblasser oft den älteren weiteren Sinn mit der Bezeichnung N. V. (wie dargestellt), — die Vorerbschaft entspricht auch in ihrem Ausbau durchschnittlich den mit dem N. V. verfolgten Zwecken.

1. Daß die gewählten Ausdrücke kein grundsätzliches Hemmnis für die Umdeutung bilden, bedarf keiner weiteren Ausführung mehr. Die besondere Er-

1) Vgl. Leonhard § 2100, 2088 I.

2) Die Motive V S. 83/84 lassen offen, ob § 2103 eine zwingende Norm ist oder eine Auslegungsregel. Hachenburg (Vorträge, II. Auflage) nimmt an, daß es nicht bloße Auslegungsregel, aber auch keine zwingende Norm sei. Nach h. M. gilt § 2103 „im Zweifel" (so Kipp § 90 I, Haidlen, § 2103 Anm. 1); für dispositiv hält ihn Planck zu § 2103, auch OLGE Bd. 8 S. 273.

wähnung des Nießbrauchsvermächtnisses in § 1089 zwingt uns nicht, j e d e derartige Verfügung in wörtlicher Auslegung nach § 1089 zu behandeln. Erst wenn die Auslegung ergibt, daß Ausdruck und Sinn der Verfügung übereinstimmen, greift diese Bestimmung ein. Für die Annahme der Nacherbschaft ist andererseits ebenfalls kein Gebrauch besonderer technischer Ausdrücke Voraussetzung. [1])

2. Zwischen N. V. und V. E. besteht nahe Verwandtschaft, wie die Uebereinstimmung einer ganzen Reihe von Paragraphen beweist. [2]) Simeon [3]) nennt die Stellung des Vorerben „unselbständig, der des Nießbrauchers vergleichbar."

3. Der Vorerbe ist wahrer Erbe, Herr, Rechtsnachfolger des Erblassers, aber „der Stamm des Vermögens ist gebunden an die Anwartschaft des Nacherben" [4]), der Endtermin begrenzt die Stellung des Vorerben. Sein Recht entsteht also unmittelbar mit dem Erbfall; beim N. V. dagegen ist es von dem guten oder bösen Willen des Erben abhängig, ob die Einräumung des Nießbrauchs reibungslos vonstatten geht. Von der Möglichkeit arglistiger Verhinderung durch vorherige Ueberlastung ganz abgesehen: Es ist unter gewöhnlichen Umständen nicht die Absicht des Erblassers, den überlebenden Ehegatten in solche Abhängigkeit von Verwandten zu bringen, die doch regelmäßig ein Menschenalter jünger sind. Es müssen schon besondere Umstände vorliegen, die dies dem normalen Aufbau unserer Familie widersprechende Ergebnis rechtfertigen. Solche werden, wie noch darzustellen ist, allerdings bei der Ehefrau mitunter vorliegen. Im allgemeinen aber kann man sagen, ist der Inhalt dieser Bedenkung auf Lebenszeit ein selbständig freier Erwerb des Vermögens, eine Gesamtnachfolge unter Beschränkungen, wie sie nicht der Vermächtnisnehmer, sondern der Vorerbe hat.

---

1) Vgl. auch OLGE. Bd. 8 S. 273, Zentr. Bl. Bd. 11 S. 766 Nr. 726, Neumanns Jahrb. 1911 S. 500 (LG. Darmstadt).

2) Vgl. z. B. § 2121 mit § 1035, § 2122 mit § 1037, § 2123 mit § 1038; § 2128 mit §§ 1051, 1052; ;§ 2132 mit § 1050, § 2133 mit 1039, § 2135 mit § 1056. (Löwenstern S. 66).

3) Simeon S. 1177.

4) Simeon a. a. O.

4. Hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten besteht kein Unterschied zwischen Nießbraucher und Vorerben: auch der Nießbraucher ist nach § 1089, 1086 zur Befriedigung der Gläubiger verpflichtet, — die einzige Ausnahme von dem Prinzip der Zerreißung des Vermögensnießbrauchs in Einzelnießbrauche. Umgekehrt aber müßte an Gegenständen, die anstelle ausgeschiedener Erbschaftsgegenstände erworben werden, der Nießbrauch jedesmal einzeln bestellt werden.[1]) Da es keinen einheitlichen Nießbrauch an einem Vermögen, sondern nur Einzelnießbrauche an den einzelnen Gegenständen gibt, können sie nicht unmittelbar in das Nießbrauchsvermächtnis fallen, wie es bei der Vorerbschaft doch der Fall ist, — ein fühlbarer Mangel des Nießbrauchs.

5. Vor allem ist aber die Stellung des Nießbrauchers bei der Ausübung zu eng, auch hier entspricht die des Vorerben besser dem Zweck der Verfügung. Soll dieser sein Leben im gewohnten Rahmen fortführen, bedarf er also etwa der Stellung, wie sie der Ehemann während der Ehe in der Wirtschaftsgemeinschaft besaß, so gehört dazu ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Das Ziel läßt sich am besten durch den deutsch-rechtlichen Dispositionsnießbrauch erreichen,[2]) nicht aber durch den heutigen Nießbrauch. Viel näher kommt man ihm auch hierin mit der Vorerbschaft. Ist unser Nießbrauch gegenüber der Stellung des Ehemanns bei gesetzlichem Güterrecht zu eng: er gewährt keine Verwaltung (gegenüber § 1374 ff.), so ist die Vorerbschaft zu weit: sie gibt das Recht zu Verfügungen unter Lebenden über bewegliche Sachen (§ 2112 ff.), während § 1375 hierzu die Zustimmung des Berechtigten verlangt (der Ehefrau, der bei der Vorerbschaft der Nacherbe entsprechen würde).

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Vorerben ist der Punkt, der am meisten zu Bedenken Anlaß gibt und deshalb auch in der Literatur hervorgehoben wird.[3]) Doch wird hier meist der Fehler gemacht, alle N. Ve. gleich zu behandeln. Eine gute Auslegung muß aber auf

1) Vgl. Wolff § 123 S. 409, Löwenstern S. 64.
2) der eine dem ehemännlichen Rechte fast genau entsprechende Stellung gewährt, vgl. Kohler, Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 193, 206, 216.
3) Vgl. S. 107 ff d. A.

die Besonderheiten des Einzelfalles eingehen, die oft entscheidend sein können, so auch hier. Sind im Testament selbst keine Anhaltspunkte vorhanden, so hat der Richter die Richtlinien für die Erforschung des Sinnes der Willenserklärung aus den Lebensumständen zu entnehmen, gegebenenfalls von seinem Ergänzungsrecht Gebrauch zu machen.

Es ist etwas anderes, ob der Berechtigte der Ehemann oder die Ehefrau ist, etwas anderes, ob der Nachlaß in Kapitalvermögen oder in einem Unternehmen besteht. Schließlich wird ein vernünftiger Erblasser es auf die Kenntnisse und Geschicklichkeit des Bedachten abstellen.

Dem Mann, der schon in der Ehe die Verwaltung des Frauengutes innehatte, wird man unbedenklich die verantwortliche Stellung des Vorerben zuerkennen können, nicht aber der Frau, wenn sie sich nie mit Vermögensverwaltung befaßt hat. Stellt sich z. B. heraus, daß die Frau in Geldsachen nicht ganz zuverlässig, ja gar leichtsinnig ist, daß ihre wirtschaftliche Begabung nicht genügend entwickelt ist, so kann sich der Richter sagen: Hätte der Erblasser statt des lakonischen: Nießbrauch, die von ihm gewünschte Sachlage eingehend ausgeführt so fände sich sicher nicht darunter die Befugnis zur Verwaltung oder gar Verfügung. Sehr wohl aber kann man das annehmen, wenn die Frau mitgearbeitet hat und geschäftliche Erfahrung besitzt.

Im allgemeinen wird man jedoch nur sagen können, daß es die Absicht der Frau als Testator gewesen ist, daß der überlebende Mann allein etwa die wirtschaftliche Nutzung und Verfügung über das beiderseitige Vermögen haben soll, wie sie der Ehemann oder gar wie sie beide Gatten zusammen während der Ehe hatten. Die Verfügung des Mannes zugunsten seiner Frau ist dagegen regelmäßig enger auszulegen. Das liegt einmal in der Gedankenrichtung des Mannes, der das Ergebnis seiner Lebensarbeit nicht durch leichtsinnige Verwaltung bedroht oder vernichtet, den mit seiner Verfügung bezweckten Erfolg nicht gefährdet sehen möchte; damit wird auch das Beste der Frau wahrgenommen, die von Uebervorteilung geschützt, deren

Leben sicher gestellt wird. Auch hier kann man noch berücksichtigen, ob es sich um ein kaufmännisches Vermögen handelt, das volkswirtschaftliche Zwecke erfüllen kann und soll oder etwa eines Beamten Privatvermögen, dessen einziger Zweck der *„splendor familiae"* ist. Schließlich ist für die Erforschung des Sinns der Verfügung von Bedeutung, ob der Zweitberechtigte seinerseits zur Verwaltung imstande ist oder nicht. Hat der Erblasser die nötigen Einzelheiten zu geben unterlassen, so muß sie der Richter nach diesen Gesichtspunkten bei der Auslegung finden.

Das kann ihn dazu führen, überhaupt keine Umdeutung vorzunehmen, sondern sich dem Wortlaut entsprechend für ein N. V. zu entscheiden, es kann sich aber auch — und das wird häufig der richtige Weg sein — eine V. E. mit eingeschränkter Verwaltungs- und Verfügungsmacht als beste rechtliche Gestaltung des Letzten Willens ergeben. Daß eine solche Beschränkung möglich ist, ist anerkannten Rechtes. Wie die Motive sagen, [1]) kann eine Beschränkung allerdings nur insoweit geschehen, „als ein Erbe durch Auflage usw. beschränkt werden kann; eine solche Verfügung hat lediglich obligatorische Wirkung." Derselben Ansicht ist Kipp, [2]) während das R. G. dies dahingestellt sein läßt, also zweifelt. M. E. besteht kein Grund, dem Erblasser die Befugnis zur Einräumung einer engeren dinglichen Stellung zu verweigern, wo er es doch in der Hand hat, die Befugnisse des Vorerben mit dinglicher Kraft zu erweitern, und von umfassender dinglicher Gewalt beim nicht befreiten Vorerben von vornherein nicht gesprochen werden kann. [3]) Nur eine Beschränkung, die dem Vorerben seine Stellung als Gesamtnachfolger nehmen würde, ist m. E. nicht mit dinglicher Wirkung möglich.

Ergibt sich, daß eine Verwaltung durch einen andern als den Erstberechtigten angebracht, der Zweitberechtigte (Vollerbe oder Nacherbe) aber dazu außerstande ist, so bildet die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, der die

1) Motive V S. 109.
2) Kipp Anm. zur R. G. E. in J. W. 1918 S. 434.
3) Vgl. § 2129 und die zit. RGE.

Verwaltung übernimmt, einen gangbaren Weg. Um eine derartige einschneidende Maßregel ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers zu treffen, bedarf es natürlich gewichtiger Gründe.

Im Zweifel, so wird man also „für den Hausgebrauch" sagen können, deutet der Richter das N. V. in eine V. E. mit eingeschränkter Verfügungsmacht.

Das wird insbesondere dann stets der gegebene Weg sein, wenn in einem gemeinschaftlichen oder in zwei Testamenten die Ehegatten sich gegenseitig den Nießbrauch vermachen. Denn wenn es auch sehr wohl möglich ist, zwei von einander unabhängige Testamente mit gleichem Wortlaut verschieden auszulegen, so geht das nicht mehr an, wenn es sich um zwei Verfügungen handelt, von denen die eine die Gegenleistung für die andere darstellt. Das verbietet der zu Grunde liegende „Testamentsvertrag". Beim gemeinschaftlichen Testamente wird oft mit Absicht die enge Fassung des N. V. gewählt. Da in der Regel der meist ältere Mann vor der Frau stirbt, da auch die Sicherstellung gerade der Frau gilt, so entzieht ihr der Mann gerne die Last und Verantwortung der freien Vermögensverwaltung wegen ihrer Unerfahrenheit in geschäftlichen Dingen. Stirbt aber dann die Frau zuerst, so erweist sich die dem Mann zugesprochene Rechtsmacht dann als zu eng. In diesem Fall kann also eine Umdeutung geboten erscheinen.

6. Noch ein wichtiger Punkt ist zu erwähnen, der für die Gestaltung des Testaments durch den Erblasser und demnach auch für den Richter bei der Auslegung, ob N. V. oder V. E., von Bedeutung sein kann: die Erbschaftssteuer. Bei den heute selbst für Vererbung in der engsten Familie hohen Sätzen ist der Gesichtspunkt der möglichsten Steuerersparnis — wie z. B. auch Stinnes' Testament zeigt — einer der bedeutsamsten und gibt oft den Ausschlag. Besonders da wird es der Fall sein, wo unbedingte Verläßlichkeit der Verwandten die Rechtsformen mit ihren Unterschieden in Bindung und Ueberwachung als nebensächlich erscheinen läßt. Der Einfluß der steuerlichen Belastung kann so groß werden, daß er sogar zu vollkommener Zerschlagung einer Erbschaft führt, also dem

Gegensatz zu dem sonst aus volkswirtschaftlichen und juristisch-praktischen Gründen erstrebenswerten Alleinerben. Betrachten wir unter diesen Gesichtspunkten Vorerbschaft und N. V.[1])

Grundsätzlich werden beide Bildungen gleich behandelt. Das Erbschaftssteuergesetz sieht in § 23 I den Nacherben als eigentlichen Erben ein und besteuert den Vorerben wie einen Nießbraucher.

a) Das N. V. kann, sich aber zunächst in einem Sonderfall als die günstigere Gestaltung erweisen. Die Nacherbschaft erzeugt zwei Steuerfälle, das Nießbrauchsvermächtnis nur einen. Liegt nun zwischen Vor- und Nacherbschaft die Einführung eines schärferen Erbschaftssteuergesetzes (wie das von 1919 oder hinsichtlich des Gattenerbes das Abänderungsgesetz von 1925), das den früher steuerfreien nahen Verwandten (den Zweitberechtigten in unserm Fall) heranzieht, so ist dieser beim Nacherbfall steuerpflichtig. Dagegen bildet beim Nießbrauch die Beendigung und der Rückfall des Vermögens an den Erben keinen Steuerfall für diesen. Da der Erbfall schon vor dem Gesetze lag, geht der Zweitberechtigte somit beim N. V. frei aus.

b) Neben diesem Sonderfall steht das N. V. auch allgemein günstiger da. Der eine Teil der Erbschaftssteuer, die Erbanfallsteuer, ist zwar vom Stamm des Vermögens auch bei der (normalen) V. E. nur einmal zu entrichten (die befreite V. E. sieht das Gesetz dagegen als zwei volle Erbfälle an). Aber der zweite, allerdings weit weniger wichtige Teil, die Nachlaßsteuer, die das Vermögen als solches ohne Rücksicht auf den Erwerber trifft, ist zweimal fällig, sowohl beim Vor- wie beim Nacherbfall. Beim N. V. dagegen fällt die zweite Nachlaßsteuer fort: also eine günstigere Stellung des Nießbrauchs. Der Vorerbe als solcher hat im übrigen ebenso wie der Nießbraucher nur die von ihm gezogenen Nutzungen zu versteuern. Er muß die Steuer auch nach richtiger Ansicht [2]) aus den Nutzungen aufbringen, ebenso wie der Nießbraucher.

1) Vgl. zum folgenden J. Breit, Erbschafts- und Schenkungssteuer 1921.
2) Dagegen Hirschwald, J. W. 1921 S. 75.

7. Es sind noch drei Fälle zu erwähnen, in denen das N. V. in Vorerbschaft umgedeutet werden muß:

a) dann, wenn zum belasteten Erben ein noch nicht erzeugter Mensch oder eine noch nicht bestehende juristische Person eingesetzt ist. Eine Ausnahme bildet die eine Stiftung nach § 84 BGB.

b) wenn der mit dem N. V. belastete Erbe unter einer Bedingung eingesetzt ist. Man könnte ja in diesen beiden Fällen auch die gesetzlichen Erben als Vorerben eintreten lassen und diese mit dem N. V. beschweren, aber nach dem Dargestellten ist die Zuweisung der Vorerbschaft an den Erstberechtigten (Nießbraucher) einer bloßen Scheinerbfolge, die stets eine unerfreuliche Bildung darstellt, vorzuziehen. (Umgekehrt ist die Umdeutung nicht möglich, wenn der Erstberechtigte beim Erbfall noch nicht erzeugt ist oder unter einer Bedingung eingesetzt ist).

c) Schließlich muß V. E. dann angenommen werden, wenn der Erblasser dem „Nießbraucher" ausdrücklich die erwähnten erweiterten Rechte zugestanden hat. Denn die Frage, ob der Erblasser dem N. V.-Nehmer als solchem eine stärkere Stellung (dinglich oder mit Verfügungsberechtigung) geben kann, etwa so, wie sie der Legatar im gemeinen, der Nießbraucher im deutschen Recht hatte, ist zu verneinen.

Entscheidend für die Frage ist die Elastizität der Vorschriften über Nießbrauch und Vermächtnis. Grundsätzlich kann man sagen: Nachgiebig sind in unserem Recht die Bestimmungen schuldrechtlicher Natur. Sonst ist nur soviel Spielraum vorhanden, wie offen zu erkennen gegeben ist. Ausschließlich sind insbesondere alle dinglichen Rechte geregelt. So kann also § 2174, der bestimmt, daß das Vermächtnis nur verpflichtende Wirkung habe, nicht durch Testament ins Dingliche abgeändert werden. [1]) Welche Vorschriften des dritten Buchs über die Gestaltung des Nießbrauchs abänderbar sind, ist bestritten. Praktisch unbrauchbar erscheint mir die Unterscheidung Ehrlichs [2]) und Staudingers, [3]) die zwischen wesensnotwendigen und bloßen Schutzbestimmungen unterscheiden: Kommen doch

1) Vgl. Leonhard § 2174 I B.
2) Ehrlich, Zwingendes und nicht zwingendes Recht S. 134, 135.
3) Staudinger. Vorbem. 5 zum II. Titel des Sachenrechts,

diese beiden selbst bei der Zuteilung zu den Gruppen schon zu verschiedenen Ergebnissen. Nach der h. M. [1]) dagegen sind diejenigen abänderbar, die das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer regeln, während die dinglichen zwingend sind. Das leuchtet ein, entspricht es doch der allgemeinen Regel. Da nun die hier in Frage stehende Erweiterung der Befugnisse nicht nur das Schuldverhältnis, sondern vor allem auch die dingliche Stellung des Nießbrauchers betreffen würde, ist eine Abänderung durch den Erblasser nicht möglich.

II. Eine untergeordnete Rolle spielen neben der Umdeutung in V. E. die beiden anderen Möglichkeiten der Umdeutung, der Altenteil und die Testamentsvollstreckung.

1. Der Altenteil entfernt sich von dem N. V. nach der einen Seite soweit, wie die V. E. nach der andern. Der Erbe ist hier Vollerbe, er zieht die Nutzungen, von denen er zu bestimmten Zeiten dem Nutzungsberechtigten bestimmte Teile auszuhändigen hat. Als Altenteil, Leibgedinge, Leibzucht, Auszug ist diese Regelung für den Bauernstand charakteristisch, sie wird meist schon vor dem Tod der Eltern von diesen mit den künftigen Erben vertraglich vereinbart. Doch kann eine entsprechende Bestimmung bei Altersschwäche des Ehegatten natürlich auch in anderen Kreisen und auch testamentarisch getroffen werden. Man wird dann eine Erbeinsetzung unter Auflage darin sehen. Daß eine derartige Regelung auch unter Umständen mit dem „Nießbrauch" bezweckt sein kann, erkennt Strohal [2]) ebenfalls an. Da hierbei aber regelmäßig nur ein Teil der Nutzungen oder eine ganz bestimmte Leistung, ja oft nur soviel, wie zum Leben notwendig ist, vom Erben herauszugeben ist, — wird sich doch auch kaum ein Erbe finden, der die Nutzungen zieht, um sie alle abzugeben, — so ist diese Umdeutung nur da am Platze, wo ganz bestimmte Anordnungen oder sonstige Umstände auf eine derartige Regelung hinweisen, im Gegensatz zur V. E., die sehr oft und ohne besondere Umstände angenommen werden kann.

1) Wolff, § 117 III S. 189, Endemann § 103 Anm. 32, Planck, § 1036, Erdmann, A. f. z. Pr. Bd. 94, S. 294. Löwenstern S. 56 u. 65.
2) Strohal I § 37 a S. 255.

2. Ebenso ist es auch bei der Testamentsvollstreckung. Sie kommt dort in Frage, wo der Erstberechtigte lediglich zum Besten des Zweitberechtigten eingesetzt ist, also insbesondere der schon versorgte Ehegatte hinsichtlich der sehr jugendlichen Nachkommen. Die zweite notwendige Voraussetzung der Annahme einer Testamentsvollstreckung ist aber, daß dem Erstberechtigten neben dem Nießbrauch ausdrücklich Verwaltung und Verfügung zugesprochen ist. Das schränkt den Anwendungsbereich dieser Umdeutung sehr ein. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist sie allerdings nicht nur der Umdeutung in V. E. vorzuziehen, sie kann auch die allein mögliche sein. Denn ein besonderes Rechtsgebilde der Vermögensverwaltung mit fest abgegrenzten Rechten und Pflichten ist dem BGB. unbekannt. Die Zuwendung der Befugnisse eines Testamentsvollstreckers an den Erben oder Vorerben ist aber begrifflich unmöglich.[1]) Die Stellung des Herrn ist von vornherein weiter, und man kann den Erben nicht besonders verpflichten, sich selbst zu überwachen und einzuschränken. Zudem ergibt der Sinn der Vorschrift klar, daß in diesem Fall eben keine Herrenstellung gewollt ist im Gegensatz zum gewöhnlichen N. V. [2])

III. Welchen Standpunkt nehmen nun Wissenschaft und Praxis zur Umdeutung des N. V. ein? Naturgemäß stand diese Frage im Vordergrund zur Zeit, als das BGB. in Kraft trat, eine große Anzahl gemeinrechtlicher Testamente von Nießbrauch sprachen [3]) und die V. E. noch ganz unbekannt war.

Siméon [4]) nennt das N. V. „immerhin ungewöhnlich" und verlangt, wo die Umstände es erfordern, Auslegung in Testamentsvollstreckung (da wo das Vermächtnis zu Gunsten einer dritten Person ausgesetzt ist) oder V. E. Eine Reihe von Bearbeitern legt Wert auf die besonders hervorgehobene Zuwendung der freien Verfügung neben dem Nießbrauch. Das fordert Leonhard [5]) als notwendige Vor-

1) Vgl. KGJ. Bd. 33 S. A 159 a. A.: Kipp § 95 VI.
2) Vgl. KGJ. Bd. 30 S. A 92, Bd. 32 S. A 88.
3) Vgl. OLG. 34 S. 291.
4) Siméon, Recht und Rechtsgang S. 1177.
5) Leonhard, Lehrb. in kurzen Sätzen S. 225, 3 B.

bedingung dieser Deutung. Ebenso meint das K. G., [1]) mit dem Worte Nießbrauch gewähre der Erblasser nur den wirtschaftlichen Erfolg dahin, daß der Bedachte den Genuß der Früchte haben solle, durch die Zuweisung der Verfügungsbefugnis aber gewähre er ihm in Wahrheit das Eigentum. Darin also liege die V. E. Dies Auseinanderreißen von Begriffen, die doch ein einheitliches Ganzes bilden, zusammen erst den gewünschten Zustand charakterisieren, erscheint mir geradezu falsch. An anderer Stelle [2]) verlangt das K. G. außerdem noch als notwendige Voraussetzung, daß die Anordnung im eigenen Interesse der Ehegatten getroffen sei. Demgegenüber bezeichnet das R. G. [3]) das Verlangen nach Uebertragung des Verfügungsrechtes neben dem Nutzungsrecht geradezu als rechtsirrtümlich (!), denn auch der Vorerbe sei durch das Gesetz gewaltig eingeengt, so sehr, daß sogar nach § 2129 völlige Tilgung der Verfügungmacht denkbar sei, ohne daß er drum seine Vorerbenstellung verlöre. Diese werde auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die ganze Stellung im fremden Interesse gegeben sei. So kommt das R. G. in diesem Falle dazu, trotzdem der Erblasser der Ehefrau bloße Nutznießung zugewandt hat und nur daneben „verschiedene Wendungen darauf hindeuten", sogar befreite V. E. als Sinn der Verfügung anzunehmen.

Wenn es auch m. E. zu weit geht, in den vorher angeführten Entscheidungen einen Rechtsirrtum zu sehen, so glaube ich doch, daß das Ergebnis der Reichsgerichtsentscheidung richtig ist: Wie oben gezeigt, kommt man mittels freier Auslegung zu dem richtigen Ergebnis. Im übrigen steht in einer andern Entscheidung das K. G. [4]) auf demselben Standpunkt und ebenso Leonhard in seinem Kommentar zum Erbrecht. [5])

Noch eine andere Stütze für unsere Ansicht enthält obige RGE. Auch das RG. steht nämlich auf dem Standpunkt, daß der besprochene Fall, daß dem überlebenden Ehegatten ein Verfügungsrecht gegeben sei, sich — ent-

1) K. G. J. Bd. 30. S. A 95.
2) K. G. J. Bd. 38 S. A 124 — Neumanns Jahrb. 1911 S. 500.
3) J. W. 1911 S. 283 Nr. 15.
4) OLGE. Bd. 16 S. 70.
5) Leonhard § 2100 Abs. III.

gegen der preußischen Praxis unter dem ALR. — heute nicht mehr in den Rahmen des Vermächtnisses bringen lasse. Denn „die Gewährung der rechtlichen Möglichkeit, den Nachlaß zu verwalten und über die Gegenstände zu verfügen, enthält nicht die Bedenkung mit einem Vermögensvorteil oder die Begründung eines Forderungsrechtes auf Duldung der Verwaltung und Verfügung (§ 2174), sondern die unmittelbare Zuweisung dieser Befugnisse, daher nicht die Zuwendung eines Vermächtnisses nach § 1939". Das N. V. mit ausdrücklicher Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wird denn auch ziemlich allgemein in V. E. umgedeutet.[1]) Zudem kann, wie eine andere RGE.[2]) bemerkt, eine dingliche Stellung des Nutzungsberechtigten, also Vorerbenstellung, sehr wohl gegeben sein, auch wenn nach dem Inhalt des Testaments dem Vorerben weitere Verwaltungs- oder Verfügungsbeschränkungen auferlegt sind. Das R. G. weist auch den Einwand zurück, daß das Wesen der V. E. die Verwaltung im eigenen Interesse und zu eigenem Vorteil sei. Es ist vielmehr auf die §§ 2130, 2131 hinzuweisen, die den Nacherben als eigentlich „Oberberechtigten" erscheinen lassen. Auch daß die §§ 2120, 2127, 2129 von „verwalten" sprechen, ist bezeichnend: In diesem Wort liegt stets ein Handeln für einen Anderen. So sagt denn auch das R. G. an zwei Stellen[3]) geradezu: „Wenngleich voller und wahrer Erbe auf Zeit, ist der Vorerbe doch im Hinblick auf den Nacherben nur ein Treuhänder." Wenn Kipp[4]) zu vorsichtiger Auslegung rät, und sagt, wenn die Beschränkung so gemeint sei, daß der Bedachte nicht Herr sein, also insbesondere nicht ins Grundbuch eingetragen werden solle, dann könne man Vorerbenstellung nicht annehmen, so bestreite ich das nicht, aber ich behaupte, daß meist, beim Ehemann fast stets, nicht dies, sondern das Gegenteil der Sinn der Erklärung ist. Auf die übrigen Bedenken, die Kipp äußert, bin ich schon früher eingegangen.

1) Vgl. noch die in J. W. 1918 S. 434 angeführte RGE. in Sachen M. wider M. IV. Senat 332/10; OLGE. Bd. 11 S. 240 KGJ Bd. 38 S. A 124, Zentr. Bl. Bd. 12 S. 311 Nr. 300, Bl. f. R. A. Bd. 75 S. 256, dagegen OLGE Bd. 44 S. 103.
2) JW. 1918 S. 434, Leip. Zeitschr. Bd. 12 Spalte 582.
3) R. R. in J. W. 1912 S. 109, R. G. 80 S. 32 ff.
4) Fußnote zu J. W. 1918 S. 434.

Löwenstern [1]) versagt die Umdeutung des bloßen N. V. ohne besondere Zuwendung der weiteren Rechte mit dem Hinweis: „Der grundlegende Unterschied, ... daß der Vorerbe Erbe und daher wirklicher Herr und Eigentümer der Erbschaft sei, kann nicht fortinterpretiert werden.“ Damit verwechselt er m. E. Voraussetzung und Wirkung bei der Umdeutung. Er schiebt auch dem Erblasser Rechtsformwillen (und Kenntnis der Rechtsform!) unter, wo er regelmäßig nur Erfolgswillen hatte. Schließlich beachtet L. die historischen Beweggründe für den Gebrauch des Wortes Nießbrauchsvermächtnis nicht genügend. Mit ihnen glaube ich den Mangel an Schärfe in diesem Ausdruck aufgedeckt zu haben. Daß das Gesetz damit, daß es im § 1089 den Erbschaftsnießbrauch besonders erwähnt, was Löwenstern als weiteren Grund anführt, nun unbedingte Anwendung dieser Bestimmung in allen Fällen fordert, ist ebenfalls nicht zwingend. § 1089 kommt in den Fällen, wo ein wirkliches Nießbrauchsvermächtnis sich als Ergebnis der Auslegung darstellt, genügend zu seinem Rechte. [2])

Eine der Umdeutung entgegenstehende Entscheidung des bayerischen Obersten Landesgerichts [3]) beruht, wie sich aus ihr klar ergibt, nur auf dem Verhältnis zweier aufeinanderfolgender Testamente, von denen das zweite das in dem ersten gewährte Erbenrecht ausdrücklich auf Besitz und Genuß b e s c h r ä n k t und damit den Willen des Erblassers: Nießbrauch in Abhängigkeit, deutlich ausspricht.

Mehrere andere OLG.-Entscheidungen sprechen sich denn auch für die Umwandlung aus, ohne die Zulegung weiterer Rechte zur Bedingung zu machen. [4]) Auch die im Recht 1910 Nr. 721 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Colmar verlangt zur Vorerbschaft nur, daß beide hinter einander Bedachte Gesamtnachfolger sein sollen, auch wenn das Testament nur von Nutznießung spreche.

Nachdrücklich weist besonders Strohal [5]) auf die Notwendigkeit der Untersuchung hin, ob in der Zuwendung

1) Löwenstern S. 66.
2) Vgl. S. 86 dieser Arbeit.
3) Recht 1920 Nr. 1266, ebenso OLGE. Bd. 18 S. 335.
4) Z. B. OLGE. Bd. 16 S. 70, Zentr. Bl. Bd. 13. S. 367.
5) Strohal I § 37a S. 255.

des Nießbrauchs nicht etwa „die Einsetzung des Bedachten als Erbe in Verbindung mit der Anordnung einer mit dem Tode des ‚Nießbrauchers' eintretenden Nacherbfolge zu erblicken" sei. Er verlangt dabei ebenfalls nicht, daß besonderes Verfügungsrecht zugeschrieben sei. An anderer Stelle [1]) läßt er die Entscheidung offen und kommt damit, daß er die Besonderheiten des Einzelfalls mitberücksichtigt haben will, der von mir für richtig gehaltenen Auffassung am nächsten. Er bemerkt übrigens ebenfalls, [2]) daß der „Nießbrauch" dem Bedachten unter Umständen auch nur das Recht geben soll, zu bestimmten Terminen die vom Erben zu ziehenden Nutzungen in Empfang zu nehmen.

Dem Stein des Anstoßes, dem Recht zu entgeltlicher Verfügung, nimmt das R. G. einen Teil seiner Gefahr, wenn es sagt, [3]) die Entgeltlichkeit sei kein starrer Begriff, sondern bei ihrer Beurteilung sei neben dem objektiven Maßstab auch der subjektive anzulegen, ähnlich wie das Gesetz es in den §§ 119, 1333, 2078, 2281 vorschreibe. „Es ist also der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung heranzuziehen und zu prüfen, wie weit sich ein guter Haushalter, ein Vorerbe, der auf seine künftige Herausgabeverpflichtung gebührend Rücksicht nimmt, nach den ganzen Umständen des Falles zu einer Verfügung über Nachlaßgegenstände bewogen finden dürfte." Infolge dieser Einschränkung ist die Gefährdung des Nacherben durch Handlungen des Vorerben innerhalb seiner Befugnisse erheblich geringer als es den Anschein hat. Geht der Vorerbe aber über seine Rechte hinaus, so sind seine Verpflichtungen zwar grundsätzlich gültig. Das R. G. lehnt es ab, den Verpflichtungsvertrag als unter der stillschweigenden selbstverständlichen Bedingung der Zustimmung des Nacherben geschlossen anzusehen. Der Vertrag sei vielmehr vollkommen gültig. Daß der Verkäufer der Gewährleistungspflicht aus § 434 nicht zu entsprechen vermöge, bedeute keine Unmöglichkeit. Nur wenn der Käufer die Sachlage gekannt habe, habe er nach § 439 das Recht verloren, auf Beseitigung des Mangels zu klagen. Auch die unberech-

1) Strohal § 27 Note 3.
2) Vgl. S. 93 vorher.
3) RG. in J. W. 1913 S. 494 — RGE. 81 S. 364. Vgl. auch KG. in OLGE. Bd. 35 S. 371; Oertmann, unentgeltl. Geschäfte 1912.

tigten Verfügungen des Vorerben (über Grundstücke oder unentgeltlich über bewegliche Sachen) sind gültig und bei Grundstücken vom Grundbuchrichter einzutragen. (Nur für Löschung eines Grundpfandes ist ausdrückliche Zustimmung des Nacherben nötig. [1]) Aber die Verfügungen werden nach § 2113 beim Nacherbfall unwirksam und die Eintragung des Nacherben hindert einen gutgläubigen Erwerb bei Grundstücken. [2]) Hinsichtlich der möglichen Schädigung durch unberechtigte unentgeltliche Verfügung über bewegliche Sachen infolge des Vertrauensschutzes gutgläubiger Dritter stehen sich Vorerbe (§ 2113 III) und Nießbraucher gleich.

Wie steht es um den Schutz des Nacherben dagegen, daß die Gläubiger des Vorerben dessen Erbenstellung zu seinem Schaden ausnutzen? Auch hier zeigt sich und bestätigt uns die Literatur, daß keine Bevorzugung des Vorerben vor dem Nießbraucher besteht. „In der Rechtslehre herrscht Einverständnis darüber, daß die Unwirksamkeit der Verfügung durch Zwangsvollstreckung oder Konkurs, die § 2115 ausspricht, sich auch auf solche Gegenstände erstreckt, über die der Vorerbe selbst rechtsgeschäftlich frei verfügen kann." [3]) In der Zwangsvollstreckung ist das auf die Weise durchgeführt, daß in § 773 ZPO. die Veräußerung und Ueberweisung (nicht also die Pfandnahme selbst!) verboten ist. Der Nacherbe hat die Einwendungen aus § 766 ZPO. und die Widerspruchsklage (§ 771).

Aus der dinglichen Stellung des Vorerben und der gestatteten Pfändung hat man nun die Behauptung abgeleitet, daß ein Gläubiger des Vorerben eine Forderung der Vorerbschaft gegen die persönliche Schuld des Vorerben aufrechnen könne. Ließe man das zu, so würde es eine dem Zweitberechtigten gegenüber gefährliche Folgerung aus der Erweiterung der Stellung des Vorerben gegenüber der des Nießbrauchers bedeuten. Damit würden, wie das R. G. in der angeführten Entscheidung darlegt, durch die Aufrechnung die Vorschriften des § 2115 und der ZPO. vom Schuldner-Gläubiger umgangen, der Schutz des Nach-

1) Vgl. § 2114 und dazu KGJ. Bd. 23 S. A 250.
2) Vgl. RGE Bd. 70 S. 333.
3) Vgl. RGE. Bd. 80 S. 32 Prot. V S. 113.

erben vereitelt werden. Der Vorerbe wäre dann, von der Möglichkeit des Ersatzes aus eigenen Mitteln abgesehen, beim besten Willen außerstande, die Erbschaft unversehrt dem Nacherben zu überliefern. Ein stichhaltiger Grund für eine solche Begünstigung des Vorerben-Gläubigers, der gleichzeitig Vorerbschafts-Schuldner ist, vor einem, der sich durch Zwangsvollstreckung befriedigen müßte, ist bei dem klar ausgesprochenen Gesetzeswillen, — Schutz der Nacherbschaft, — nicht erkennbar. Es ist also kein Anlaß gegeben, die Grenzen des § 394 BGB. (bei Pfändungsverbot auch Aufrechnungsverbot) zu erweitern. Wenn auch § 773 ZPO. zunächst die Pfändung selbst zuläßt und nur die Veräußerung und Ueberweisung verbietet, so bilden doch Veräußerung und Ueberweisung gerade erst das, was die Pfändung zur Befriedigung werden läßt, während die eigentliche Pfandnahme nur Sicherung bedeutet. Die Pfändung als Ganzes, als Befriedigung, ist aber untersagt und demnach auch die Aufrechnung. Daß das Gesetz aus Rechtssicherungsgründen die Pfandnahme im § 773 noch nicht verbietet, kann dem nicht entgegenstehen. Auch hier ist also keine Waffe gegen die Umdeutung des Nießbrauchsvermächtnisses in Vorerbschaft zu finden. —

So zeigt uns die Literatur zwar eine zum Teil starke Begünstigung der Umdeutung, aber doch keineswegs ein einheitliches Bild. Gerade diese Tatsache aber bestärkt mich in der Annahme der Notwendigkeit der von mir gemachten Unterscheidungen und Einschränkungen. Durch sie finden wir den nötigen Ausgleich zwischen den beiden entgegengesetzten Punkten: der Erhaltung des Vermögensstammes für den Zweitberechtigten auf der einen Seite, und der aus persönlichen wie volkswirtschaftlichen Gründen gebotenen Bewegungsfreiheit für den Erstberechtigten auf der anderen.